

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Ulovfestet ekstinksjon og dens forhold til EMK P1-1

Krenker Staten Menneskerettighetskonvensjonens eiendomsvern?

Kandidatnummer: 767

Leveringsfrist: 25 april 2015

Antall ord: 15010



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING .....</b>	<b>1</b>
1.1	Emne.....	1
1.2	Tema for oppgaven/ problemstilling .....	1
1.3	Avgrensing av oppgaven .....	2
1.4	Rettskilder .....	2
1.5	Metode.....	2
1.6	Videre fremstilling .....	3
<b>2</b>	<b>ULOVFESTET EKSTINKSJON.....</b>	<b>4</b>
2.1	Forhistorie .....	4
2.2	Regelen.....	5
2.2.1	To typer ulovfestet ekstinksjon.....	6
2.3	Ulovfestet umiddelbar ekstinksjon på grunn av legitimasjon .....	6
2.3.1	Hensyn .....	8
2.3.2	Gyldig avtale .....	9
2.3.3	Aktsom god tro.....	9
2.3.4	Legitimasjon.....	10
2.3.5	Sikringsakt .....	11
2.3.6	”Sterke grunner” vurderingen .....	12
2.4	Ulovfestet ekstinksjon på grunn av passivitet .....	13
2.4.1	Hensyn .....	14
2.4.2	Gyldig avtale og aktsom god tro .....	15
2.4.3	Legitimasjon.....	15
2.4.4	Økonomiske investeringer .....	15
2.4.5	Klandreverdighet.....	16
2.4.6	Tidsmomentet.....	17
2.4.7	”Sterke grunner” vurderingen .....	17
<b>3</b>	<b>EMK TILLEGGSPROTOKOLL 1, ARTIKKEL 1 .....</b>	<b>19</b>
3.1	Forhistorie .....	19
3.2	Ordlyden.....	21
3.2.1	3 inngrepsarter.....	21
3.2.2	Videre om eiendomsproblematikken .....	22
3.3	P1-1s rettslige utvikling .....	29
3.3.1	Den generelle utviklingen i kontrolltilfellene .....	29
3.3.2	Domstolenes tolkning av kontrollregelen .....	30

3.3.3	Rådighetsinnskrenkning i Statens skjønnsmargin.....	32
3.3.4	Utvikling i forholdsmessighetsprøvingen .....	33
3.3.5	Utvikling i synet på økonomisk kompensasjon .....	34
3.4	Artikkelens lovkrav .....	36
3.4.1	Tilgjengelighet .....	36
3.4.2	Klarhet.....	37
<b>4</b>	<b>OPPSUMMERING/KONKLUSJON .....</b>	<b>39</b>
4.1	EMK P1-1s lovkrav i forhold til ulovfestet ekstinksjon. ....	39
4.1.1	Lovkravet i Sigdal-dommen.....	39
4.1.2	Lovkravet nå, i etterkant av Sigdal-dommen .....	40
4.2	EMK P1-1s forholdsmessighetsprøve i forhold til ulovfestet ekstinksjon.....	41
4.2.1	Alternativ løsning.....	42
	<b>LITTERATURLISTE.....</b>	<b>43</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Emne

Menneskers fundamentale rettigheter får stadig en mer sentral rolle i norsk rett. Beskyttelsen av disse ser vi både i nasjonale rettsregler, som formelle lover og grunnloven,<sup>1</sup> men også gjennom at vi har ratifisert og integrert til en del av norsk rett, internasjonale konvensjoner som Europas Menneskerettskonvensjon og FNs Verdenserklæring om Menneskerettigheter<sup>2</sup>. Staten har med dette bundet seg til å beskytte dens innbyggerses frihet og rettigheter, der en av disse er eiendomsretten.<sup>3</sup>

Det er en rekke hjemler i norsk rett hvor det prinsipielle utgangspunkt om rett til eiendom, blir innskrenket ved at Staten går inn og regulerer med hensyn til andre individer og samfunnet for øvrig.<sup>4</sup>

Emnet i denne oppgaven er om Staten, ved å gå inn og gjennomfører eiendomsavståelse ved ulovfestet ekstinksjon, bryter med de internasjonale menneskerettighetene om eiendomsrett.

## 1.2 Tema for oppgaven/ problemstilling

Tema for oppgaven er forholdet mellom ulovfestet ekstinksjon og Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen tilleggsprotokoll 1 artikkel 1. (heretter forkortet EMK, P1-1). Problemstillingen er om ulovfestet ekstinksjon strider mot menneskerettighetenes eiendomsvern. For å besvare dette vil jeg se på hva som er beskyttet av konvensjonen og med hvilket grunnlag, for så å sette dette opp mot ulovfestet ekstinksjon for å se om det ville falt innenfor kriteriene.

Avhandlingen har til hensikt å besvare hvilken rekkevidde eiendomsretten har i dag.

---

<sup>1</sup> I Norges grunnlov fra 1814 finnes det for eksempel beskyttelse for ytringsfrihet, eiendomsrett, forbud mot tortur og visse rettergangsgarantier.

Stortinget vedtok 13. Mai 2014 endringer i Grunnloven, med et nytt Menneskerettighetskapittel, nettopp for å styrke menneskerettighetene i Grunnloven.

<sup>2</sup> Verdenserklæringen er ikke folkerettslig bindende men de fleste punktene regnes i dag som å være folkerettslig sedvanerett, se: Høstmælingen (2007) side 38

<sup>3</sup> Buskerud (1995) side 11

<sup>4</sup> Buskerud (1995) side 12

### **1.3 Avgrensning av oppgaven**

Ettersom jeg i oppgaven ønsker å belyse om ulovfestet ekstinksjon strider mot menneskerettighetene, vil det være naturlig å ta for seg områdene som blir regulert av ulovfestede ekstinksjon og de momenter og vilkår i EMK P1-1 som gjør seg gjeldende for ulovfestet ekstinksjonstilfeller.

Det er naturlig å foreta visse avgrensninger. Jeg vil avgrense oppgaven ved å holde meg til ekstinksjon av fast eiendom. Siden vi ikke har eksempler fra norsk rett der det vært snakk om ulovfestet ekstinksjon ved dobbeltsuksjonskonflikter, vil jeg heller ikke gå inn på disse situasjonene.

### **1.4 Rettskilder**

Da vi ikke har noen ordlyd å gå ut fra når det kommer til ulovfestet ekstinksjon, blir det for å belyse regelens innhold, viktig å se på den juridiske litteraturen, aktuelle forarbeider og på rettspraksis for å se hva som er sagt av prinsipielle uttalelser og også hvordan disse blir tolket og brukt i praksis.

I forhold til EMK P1-1 vil utgangspunktet være ordlyden i bestemmelsen. For å belyse dagens rettssituasjon og artikkelens innhold, vil jeg bruke aktuell rettspraksis. I tillegg vil jeg bruke juridisk litteratur for å supplere.

### **1.5 Metode**

Avhandlingens utgangspunkt vil være alminnelig rettslig metode.

I P1-1 vil tolking av bestemmelsens ordlyd være sentral, men da bestemmelsen er dynamisk vil det bli nødvending å tolke ordlyden utvidende i enkelte tilfeller, da bestemmelsen i dag har en videre anvendelse enn den hadde da konvensjonen ble laget.

Rettspraksis fra Høyesterett vil ha en stor rolle når det kommer til tolkning av reglene rundt ulovfestet ekstinksjon, da det ikke er noen ordlyd å forholde seg til. EMDs rettspraksis vil være av relevans når det kommer til ordlyden i P1-1 og hva som i dag er gjeldende rett.

## **1.6 Videre fremstilling**

I det følgende vil jeg foreta en analyse av reglene om ulovfestet ekstinksjon, jeg vil belyse hvilke tilfeller som faller inn under ulovfestet ekstinksjon og hvorfor. Videre vil jeg se på om disse situasjonene vil være konvensjonsstridige etter EMK P1-1.

## 2 Ulovfestet ekstinksjon

### 2.1 Forhistorie

Den normale gangen i salg av eiendom er at A overfører sin rett til B. I enkelte tilfeller kan det være snakk om en mindre rett enn han selv sitter med, men ikke en større da det er et allmennrettslig prinsipp at man ikke kan overføre større rett enn den man selv har. Dette prinsippet kommer til uttrykk i den grunnleggende setningen i gbl.<sup>5</sup> §25 hvor det står ”Når nokon avhendar et enkelt gjeldsbrev, får ikkje mottakaren betre rett enn avhendaren...”. Det er også bekreftet av Høyesterett i Periscopus-dommen<sup>6</sup> hvor førstvoterende uttaler ”At en erverver ikke kan stilles bedre eller dårligere enn overdrageren, følger etter min oppfatning av alminnelige prinsipper for overdragelse av formuesrettigheter.”<sup>7</sup>

Ved enkelte tilfelle kan det allikevel skje at A overfører større rett enn han har. Dette kan enten skje ved at A mangler rett til å selge fordi As rettsforgjenger H fremdeles sitter som rette eier av eiendommen, situasjoner kalt hjemmelsmannkonflikter. Eller ved at A selger to ganger, og da ved salg nummer to allerede har overført sin rett og ikke har ytterligere rett til å fortatt disponere over rettigheten, disse situasjonene blir gjerne kalt dobbeltsuksjesjonkonflikter.<sup>8</sup>

Vi sitter i begge situasjoner med to motstridende interesser, B som i god tro har investert i eiendommen og rette eier H eller C som heller ikke nødvendigvis har handlet klanderverdig.

Hadde reglene vært så firkantete som det allmenrettslige prinsippene tilsier, hadde det blitt en veldig usikkert rettstilstand for den som skal erverve en rettighet. Noe som igjen hadde ført til at folk hadde blitt tilbakeholdende når det kom til kjøp, som hadde ført til veldig lite omsetning og liten økonomisk vekst for samfunnet. Samfunnsinteressen tilsier derfor, sammen med hensynet til B, at erverver burde være beskyttelsesverdig.

For å gi erverver en nødvendig sikkerhet for at han får den rettighet han betaler for, har derfor Staten i disse situasjonene som nevnt over, åpnet for mulighet til å tillate unntak fra den prinsipielle hovedregelen ved å gå inn og la erverver vinne rett over hjemmelsmann, man sier da at erverver har ekstingvert<sup>9</sup> hjemmelsmanns rett.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> Lov om gjeldsbrev av 17. Februar 1939 nr. 1 (gbl.)

<sup>6</sup> Rt. 1990 s. 500, side 507

<sup>7</sup> Falkanger (2008) side 99.

<sup>8</sup> Falkanger (2010) side 471 og 472

<sup>9</sup> Ekstingvert fra engelsk ”extinguish” som betyr å slukke. Hs rett er altså slukket eller utslettet.

<sup>10</sup> Marthinussen (2006) side 2

Ekstinksjon er et stort og alvorlig inngrep i en privatpersons eiendomsrett, og nettopp derfor taler hensyn for et strengt lovfestet område. En slik innskrenkning i hjemmelshavers rettigheter krever derfor særskilt hjemmel. Dette blir bekreftet av grunnloven §113.<sup>11</sup> Som regel finner vi slike hjemler i lov, men det er ingen krav om lovhjemmel på privatrettslige områder. Hjemmelen kan like gjerne være ulovfestet, etablert gjennom rettspraksis, men det må i så fall stilles strenge krav til hjemmelen.<sup>12</sup> Dette lovkravet vil vi komme tilbake til.<sup>13</sup>

## 2.2 Regelen

Både EMK P1-1 og grunnloven §105 verner om den private eiendomsretten og det skal, med tanke på inngrepets alvorlighet, være sterke grunner for et slikt inngrep.<sup>14</sup> Domstolene har selv bekreftet dette da de i flere dommer har uttalt at det kreves sterke grunner for at ulovfestet ekstinksjon skal kunne skje. Dette finner vi eksempel på i blant annet i Norske Fjellhusdommen<sup>15</sup> hvor førstvoterende uttalte ”jeg vil ikke utelukke at det etter omstendighetene kan være plass for ekstinktivt godtroerverv av fast eiendom på ulovfestet grunnlag, men det skal etter min mening i alle fall sterke grunner til for å godta slikt erverv uavhengig av tinglysningsreglene”.<sup>16</sup> Dette er et vilkår som vil bestå av en helhetsvurdering av flere momenter. Det skal i det videre ses på hva som ligger i dette vilkåret, om det foreligger flere vilkår og hva som eventuelt da ligger i disse.

Det er verdt og merke seg at kassaregisterdommen<sup>17</sup> er den første dommen hvor det var aktuelt med ekstinksjon på ulovfestet grunnlag.<sup>18</sup> Det var her snakk om et kassaapparat A solgte til godtroende B, uten tillatelse fra H. Retten kom her til at B ekstingverte Hs rett til kassaapparatet. Tilfellet handlet om løsøret og i etterkant av dommen kom ekstl.<sup>19</sup> Dette viser at lovgiver så det var situasjoner som var oversett når det kom til områder som trengte lovregulering og at lovgiver på et område som er så krenkende som inngrep i eiendomsretten, er villig til å tilføye eller endre lover for å dekke slike oversette situasjoner.

---

<sup>11</sup> Legalprinsippet om at innskrenkninger i personers rettigheter krever hjemmel i lov ble kodifisert i grunnlovens §113 i 2014, men selv før dette ble prinsippet ansett som del av norsk rett. Se Andenæs (2003), side 90

<sup>12</sup> Marthinussen (2006) side 3

<sup>13</sup> Se oppgavens punkt 3.4

<sup>14</sup> Harborg og Berg (2003) side 318

<sup>15</sup> Rt. 1986 s. 1210, side 1217

<sup>16</sup> Et annet eksempel er Rt. 1992 s 352, side 355 der det ble sagt ”det er kanskje så at det etter norsk rett ikke er utelukket at de lovfestede reglene om ekstinksjon av eiendomsrett til fast eiendom kan suppleres med ekstinksjon på ulovfestet grunnlag, men slik ekstinksjon krever i såfall sterke grunner.”

<sup>17</sup> Rt. 1940 s. 519

<sup>18</sup> Marthinussen (2006) side 4

<sup>19</sup> Lov om godtroerverv av løsøre av 2. Juni 1978 nr.37 (ekstl.)



Det at det ikke har blitt gjort noen endringer i forsøk på å fange opp tilfellene som havner utenfor loven, kan tyde på at lovgiver mener det er tilfeller som ikke nødvendigvis trenger lovhjemmel. Det vil i så fall være illojalt ovenfor lovgiver å vurdere ulovfestet ekstinksjon i tilfeller som er vurdert og hvor det ikke er funnet grunnlag for å akseptere ekstinksjon.

Det kan etter min mening bare være snakk om ulovfestet ekstinksjon i de tilfeller der lovgiver har oversett mulige situasjoner der ekstinksjon kunne være aktuelt.

### 2.2.1 To typer ulovfestet ekstinksjon

Ser man se på rettspraksis, er det to forskjellige typer av ulovfestet ekstinksjon. Ved den første oppnår B ekstinksjon allerede ved kjøpstidspunktet, som en direkte konsekvens av handelen. Disse situasjonene kaller jeg ”ulovfestet umiddelbar ekstinksjon på grunn av legitimasjon”. Ved den andre typen, videre kalt ”ulovfestet ekstinksjon på grunn av passivitet”, oppnår B ekstinksjon først etter ervervet ved at hjemmelsmann forholder seg passiv og erverver innretter seg etter den nye rettstilstand.<sup>20</sup> Disse to tilfellene er prinsipielt veldig forskjellige, da hensynene bak ekstinksjonen ikke vil være de samme.<sup>21</sup>

Det kan argumenteres for at av det er samme vurderingen i begge situasjonene. At det er snakk om passivitet ved legitimasjons tilfellene også, da hjemmelshaver ikke har handlet for å forhindre at A er legitimert. Eller at det må være snakk om legitimasjon i passivitetstilfellene for at erverver i det heletatt skal kunne være i god tro.

Jeg mener allikevel at forskjellen ved at det ved legitimasjonstilfellene allerede foreligger ekstinksjonsgrunnlag på ervevstidspunktet gjør at det blir en annen vurdering med tanke på Bs beskyttelsesverdighet enn der han har ervervet og hatt tid til og innrette seg. Jeg velger å se på momentene i ”serke grunner” avveiningen for de to hver for seg, da det er naturlig at også vilkårene for ekstinksjon ikke blir like.

## 2.3 Ulovfestet umiddelbar ekstinksjon på grunn av legitimasjon

Det er her snakk om situasjoner hvor eiendom er kjøpt av en som fremsto som rett eier, eller som fremsto med rett til å selge på vegne av rette eier, uten å faktisk være eller ha det. Stort sett vil et ytre skinn av rett dekke en tilsvarende reell rett, og en erverver som sjekker at av-

---

<sup>20</sup> Harborg og Berg (2003) side 314.

<sup>21</sup> Harborg og Berg (2003) side 314

hender har en legitimasjon vil som regel unngå tap etter de lovbestemmelser vi har om ekstinksjon.<sup>22</sup>

Normalt er det naturlig å gå til tingl.<sup>23</sup> § 27 i slike tilfeller, da denne åpner for ekstinksjon om avhender (A) var legitimert gjennom grunnbokshjemmel, og kjøper (B) erverver i aktsom god tro.<sup>24</sup> Grunnen til at denne bestemmelsen ikke alltid er like treffende, er at den har et vilkår om at As legitimasjon må bero på et ugyldig dokument som er tinglyst. Andre grunner til at A er legitimert og dette ikke er overens med de reelle eierforholdene, vil falle utenfor.<sup>25</sup> Det blir da nødvendig, om man allikevel føler hensynene taler for å ekstingvere, å gjøre dette på ulovfestet grunnlag.

Et eksempel fra Høyesterett hvor det var snakk om ulovfestet umiddelbar ekstinksjon på grunn av legitimasjon er Norske Fjellhus-dommen.<sup>26</sup> Situasjon her var at Norske Fjellhus A/S hadde bygd en hytte på en tomt som var eid av grunneier av feltet. Det var denne grunneieren som hadde grunnbokshjemmelen selv om det var Norske Fjellhus som var reell eier av hytta. Norske Fritidshus ble først brakt inn for å hjelpe til med salget av hytta, men det ble heller enighet om at Fritidshus skulle få kjøpe hytta for så å videreselge på egenhånd. Utstyrt med tegninger, beskrivelser, kopi av ikke utfylt festekontrakt og nøkler fra Norske Fjellhus, solgte Fritidshus hytta til Almarine, før de selv hadde gjennomført kjøpet av Norske Fjellhus. Det ble da en konflikt mellom Almarine og Norske Fjellhus der begge hevdet de var rette eier av hytta. Det ble videre et spørsmål om Almarine hadde anledning til å ekstingvere Norske Fjellhus sin rett. Høyesterett presiserer da at om dette skulle skje, måtte det i så fall skje på ulovfestet grunnlag, da de uttaler: ”et grunnvilkår for ekstinktivt erverv i medhold av tinglysningsloven er at rettstiftelsen skriver seg fra den som har grunnbokshjemmel. ... skal (B) ha vunnet rett til hytta gjennom ekstinktivt erverv må altså bygge på annet grunnlag enn tinglysningsloven.”<sup>27</sup>

Man kunne tenke seg at man kunne brukt §27 analogisk i denne situasjonen, hvor man ønsket å ekstingvere på bakgrunn av ytere skinn av rett, men da det er Høyesteretts synspunkt at man er helt utenfor systemet i tinglysningsloven når grunnbokshjemmel mangler, vil det være u naturlig å bruke denne tolkningstypen. Høyesterett mener det heller må bli snakk om å ekstingvere på ulovfestet grunnlag men som ytre skinn av rett som vilkår. Dette blir uansett bare en

---

<sup>22</sup> Brækhus (1998) side 29

<sup>23</sup> Lov om tinglysning av 7. juni 1935 nr.2 (tingl.)

<sup>24</sup> Harborg og Berg (2003) side 315

<sup>25</sup> Harborg og Berg (2003) side 315

<sup>26</sup> Rt. 1986 s. 1210

<sup>27</sup> Rt. 1986 s. 1210, side 1217

språklig differanse av terminologi, for prinsipielt vil det være det samme som blir gjort i begge tilfeller, nemlig å åpne for ekstinksjon utenom loven.<sup>28</sup>

I Norske Fjellhus-dommen bruker retten mye energi må å gå gjennom relevante momenter i avveiningen av om det forelå sterke grunner som kunne føre til ekstinksjon utenom lov, men uten å mene at noen av disse momentene var vilkår.<sup>29</sup> Andre, som Henning Harborg og Borgar Høgetveit Berg, mener vilkårene for lovfesta ekstinksjon, som at det skal være en gyldig avtale, legitimasjon fra avhenders side, aktsom god tro og gjennomføring av sikringssak fra erververens side også må gjøre seg gjeldende ved ulovfestet ekstinksjon. Da forholdene ellers, bortsett fra grunnbokshjemmel er like, vil det være naturlig at de samme hensyn, når det gjelder de resterende vilkår, også gjør seg gjeldende.<sup>30</sup> Hva som her er riktig er usikkert, og det er ikke sikkert det er av så stor praktisk betydning. Vurderingen Høyesterett bruker går ut på å finne sterke grunner og det vil være naturlig at alle momentene, i større eller mindre grad gjør seg gjeldende for å komme til at vilkåret ”sterke grunner” er oppfylt. Man vil derfor som regel komme til samme resultat om man ser på det som egne vilkår eller momenter i en helhetsvurdering.<sup>31</sup>

Uavhengig om man velger å kalle det momenter i en samlet vurdering eller absolutte minste vilkår, er det disse som vil være avgjørende for en rettsavgjørelse og det er naturlig da å bruke litt mer tid på å se nærmere på disse ”vilkårene”.

### 2.3.1 Hensyn

Et grunnleggende hensyn bak ulovfestet umiddelbar ekstinksjon er for det første å gi kjøper (B) en trygghet. En trygghet om at han skal kunne stole på den legitimasjonen avhender (A) har. Vi snakker dermed om et legitimasjonshensyn.<sup>32</sup>

Ser vi nærmere på de lovhjemler som åpner for ekstinksjon, har de alle til felles at der rette eier ikke har hatt mulighet til å beskytte seg, vil det heller ikke bli snakk om ekstinksjon. Hensynet om å verne om rette eier, forsvinner altså om han kunne kontrollert legitimasjonen, eller på annen måte kunne foretatt seg noe for å forhindre at erverver er i god tro.

---

<sup>28</sup> Harborg og Berg (2003), side 315

<sup>29</sup> RG 1999 s. 680 og RG 2001 s. 82 støtter også dette synet da retten heller ikke mener det kan være snakk om vilkår, men momenter i en helhetsvurdering.

<sup>30</sup> Harborg og Berg (2003) side 315

<sup>31</sup> Harborg og Berg (2003) side 325

<sup>32</sup> Harborg og Berg (2003) side 315

Dette hensynet gjør seg også gjeldende i situasjoner hvor det er snakk om ulovfestet umiddelbar ekstinksjon og det er derfor vanskelig å se for seg ulovfestet ekstinksjon kan skje der hjemmelsmann ikke kunne gjort noe annerledes for å beskytte seg. det må i det aller minste være et moment i vurderingen. Jo større rådighet rette eier har over avhender sin legitimasjon, altså mulighet til å frata han denne, desto mindre grunn til å verne om rette eiers eiendomsrett og desto større grunn til å godta ekstinksjon.

### 2.3.2 Gyldig avtale

Et vilkår ved lovfestet ekstinksjon etter tingl. er at ervervet er basert på en gyldig avtale. Er den ikke det, er det heller ingen grunn til lenger å verne om erverver.<sup>33</sup> Dette samme vilkåret må man kunne forvente ved ulovfestet ekstinksjon, da det heller ikke her vil være grunn til å la B ekstingvere om ervervet er bygget på en ugyldig avtale.<sup>34</sup>

### 2.3.3 Aktsom god tro

Lovhjemlene som tar for seg ekstinksjon har også til felles at de stiller et ubetinget krav til aktsom god tro.<sup>35</sup> Hensynene bak ulovfestet ekstinksjon tilsier at det her ikke skal forvente noe mindre. Det vil ikke være noen grunn til å verne om en B som visste eller burde ha visst at han ikke handlet med rette hjemmelsmann.

Man sier gjerne at erverver har en undersøkelsesplikt for å kunne være i aktsom god tro.<sup>36</sup> Men selv om aktsomhetskravet her er strengt, stilles det ikke som krav at man må foreta undersøkelser som i ettertid viser seg å ha vært resultatløse. Dette ville ikke hatt sammenheng med den gode tro å gjøre, selv om det i seg selv viser til en uaktsom oppførsel å ikke ha gjennomført slike undersøkelser.<sup>37</sup>

Hvor langt undersøkelsesplikten strekker seg er vanskelig å sette en grense for. Det må bli en konkret vurdering i den enkelte situasjon. Hvor mye tid og penger som må legges i undersøkelsen kontra hvor stor sannsynligheten er for et uriktig bilde av rettstilstanden vil komme inn i en slik vurdering.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> Harborg og Berg (2003) side 326

<sup>34</sup> Harborg og Berg (2003) side 326

<sup>35</sup> Marthinussen (2006) side 4

<sup>36</sup> Brækhus (1998) side 290

<sup>37</sup> Harborg og Berg (2003) side 327

<sup>38</sup> Brækhus (1998) side 290

Aktsomhetsvurderingen vil som regel være knyttet til avhenderens legitimasjonsvurdering. Jo større det ytre skinn av legitimasjon, jo større grunn til å mene at erververen var i aktsom god tro.<sup>39</sup> Dette var også Høyesteretts synspunkt i Norsk Fjellhus-dommen<sup>40</sup> der de poengterte: ”Avgjørelsen av om det her er grunnlag for ulovfestet godtroerverv, må dels bero på om avhenderen, Norske Fritidshus A/S, hadde et slikt ytre preg av å være rette vedkommende at firmaet kunne anses legitimert til å råde rettslig over hytta, dels på om erververen, Almarine, har vært i aktsom god tro. Når det ikke kan bygges på lovfestede legitimasjonsvilkår, vil imidlertid disse spørsmålene i noen grad flyte over i hverandre. For begge spørsmål vil det være vesentlig om Norske Fritidshus A/S inntok en slik ytre posisjon at Almarine uten ytterligere undersøkelser kunne bygge på at firmaet var rette vedkommende.”

Erververens kvalifikasjoner og personlige forutsetninger vil her også spille en rolle. Man har større krav til aktsomhet fra en profesjonell part, som for eksempel en advokat eller eiendomsmegler, enn man ville gjort fra en huskjøper som for første gang begir seg inn på eiendomsmarkedet.<sup>41</sup>

Etter de lovbestemte ekstinksjonsbestemmelsene vedrørende fast eiendom må man som minstekrav i alle fall forvente at erverver har sjekket grunnboken, og som regel vil dette være nok.<sup>42</sup> Ved umiddelbar ekstinksjon må det imidlertid være et strengere krav til aktsomheten enn etter kravet som følger av blant annet ekstl.<sup>43</sup> Dette blir bekreftet av lagmannsretten i RG 2001 s.82 der det blir uttalt ”Kjøperne har vært i god tro med hensyn til Ds adgang til å disponere over Z, men deres gode tro kan neppe sies å ha vært tilstrekkelig aktsom. Kravet til aktsomhet må gis et innhold som svarer til temaet i saken, nemlig hvorvidt rette eiers rett til fast eiendom kan ekstingveres, selv om kjøperen ikke har kunnet holde seg til opplysninger i grunnboken. Dette tilsier et strengere aktsomhetskrav enn det som er oppstilt i godtroervervsloven.”<sup>44</sup>

#### 2.3.4 Legitimasjon

Det er etter tingl. §27 et legitimasjonsvilkår der avhender er legitimert om han sitter med grunnbokshjemmel. Det er når dette svikter man har sett seg nødt til å løse situasjonen ved å gå til ulovfesta regler, men også her må det være et vilkår om at avhender i alle fall virker

---

<sup>39</sup> Brækhus (1998) side 293

<sup>40</sup> RT. 1986 s. 1210, side 1217

<sup>41</sup> Brækhus (1998) side 290

<sup>42</sup> Brækhus (1998) side 292

<sup>43</sup> Lov om godtroerverv av løsøre, 2. Juni 1978 nr. 37.

<sup>44</sup> RG 2001 s. 82, side 88

legitimert ved at han sitter med et ytre skinn av rett. Som allerede nevnt over, poengterer også Høyesterett dette i Norske Fjellhus-dommen<sup>45</sup> da de sier: ”Avgjørelsen av om det her er grunnlag for ulovfestet godtroerverv, må dels bero på om avhenderen, Norske Fritidshus A/S, hadde et slikt ytre preg av å være rette vedkommende at firmaet kunne anses legitimert til å råde rettslig over hytta”.<sup>46</sup>

For ulovfestet umiddelbar ekstinksjon vil det da si at man må kunne forvente et minstekrav om at avhender på en aller annen måte fremstår som rett hjemmelsmann selv om han mangler grunnbokshjemmel.<sup>47</sup> I Norske Fjellhus-dommen uttalte retten at det at Norske Fritidshus var i besittelse av hyttas nøkler ved befaring, ikke var nok for å gi dem tilstrekkelig legitimasjon.<sup>48</sup>

Det er ikke bare nok å se på om avhenderen har ytre skinn av rett. Det har også noe å si hvordan han har fått denne retten. Har hjemmelsmannen hatt en rolle ved å gi avhenderen denne retten, taler hensynene for ikke å gi hjemmelsmannen samme vern som han ville hatt om avhenderen har tatt denne retten uten hjemmelsmannens hjelp.<sup>49</sup>

Det vil også tale imot hjemmelsmann om han på annen måte har handlet klanderverdig ved at han visste om situasjonen der avhender har sittet med et ytre skinn av rett, uten å nevne den eller protestert. Denne passiviteten vil være med å trekke i retning av at avhender hadde tilstrekkelig legitimasjon.

På samme måte vil det være større grunn til å ekstingvere jo større rådighet og mulighet til å trekke tilbake rådigheten hjemmelsmann hadde over avhenders legitimasjon.

Utover dette har vi lite fra rettspraksis om hva som faktisk vil regnes som tilstrekkelig.

Selv om det kan være vanskelig å sette noe minstekrav til avhenders legitimasjon, trenger ikke dette være problematisk, da man som regel vil trekke inn legitimasjonens styrke eller svakhet som moment i ”sterke grunner” avveiningen.<sup>50</sup>

### 2.3.5 Sikringsakt

Det kan ved ulovfestet umiddelbar ekstinksjon være et moment i ”sterke grunner” vurderingen om erververen har gjennomført en sikringsakt. Selv om ikke erververen har innrettet seg etter den nye rettssituasjonen enda, må det forventes at han i det minste viser at ervervet

---

<sup>45</sup> RT. 1986 s. 1210, side 1217

<sup>46</sup> Se oppgavens punkt 2.3

<sup>47</sup> Harborg og Berg (2003) side 328

<sup>48</sup> Rt. 1986 s. 1210, side 1217

<sup>49</sup> Brækhus (1998) side 31

<sup>50</sup> Harborg og Berg (2003) side 328

er gjennomført ved å sikre seg ved å overføre legitimasjonen fra avhender til seg selv. Har erverver opptrådt uforsiktig ved å ikke sikre seg mot fremtidige innvendinger, tilsier hensyntene at det heller ikke er grunn til å beskytte erververs interesser ved å la han ekstingvere.<sup>51</sup>

Etter tingl. er det tinglysning i grunnboka som utgjør en slik sikring<sup>52</sup> og det vil være naturlig å komme med et likt krav i de situasjonene det er aktuelt ved ulovfestet umiddelbar ekstinksjon. I situasjoner hvor det ikke er naturlig å tinglyse, vil det være naturlig med et krav om at erververen har innrettet seg ved å ta i bruk tomten, men da kan det ikke lenger være snakk om umiddelbar ekstinksjon.<sup>53</sup>

### 2.3.6 "Sterke grunner" vurderingen

Når man skal vurdere "sterke grunner" er det naturlig at man må veie erververens interesser opp mot rette hjemmelsmann.<sup>54</sup> For å avgjøre hvem som står i en posisjon som er mest beskyttelsesverdig, er momentene som er gjennomgått over avgjørende. Når Høyesterett sier at det er "sterke grunner" som skal til for at erververen skal vinne en rett han etter andre regler ikke har noen rett på, sier man med andre ord at det skal sterke grunner til for av erververen er mer beskyttelsesverdig enn hjemmelsmannen.

Selv om retten har uttalt at det er tenkelig med situasjoner der umiddelbar ulovfestet ekstinksjon kan skje, har det til dags dato ikke vært tilfeller der et slikt krav har ført frem, noe som viser at kravet til "sterke grunner" er veldig strengt. Det kan sies at en vanlig kjøper med trygghet må kunne legge til grunn at avhender er eier av eiendommen for at ulovfestet ekstinksjon skal kunne skje, men selv da er det vanskelig å tenke seg at erverver er mer beskyttelsesverdig enn rette eier når han ikke har innrettet seg.<sup>55</sup>

Jeg kan derfor med vanskelighet se for meg situasjoner det kan bli snakk om ulovfestet umiddelbar ekstinksjon på grunn av legitimasjon.

---

<sup>51</sup> Harborg og Berg (2003) side 329

<sup>52</sup> Lov av 7. Juni 1935, no. 2 om tinglysning.

<sup>53</sup> Harborg og Berg (2003) side 329

<sup>54</sup> Harborg og Berg (2003) side 329

<sup>55</sup> Harborg og Berg (2003) side 331

## 2.4 Ulovfestet ekstinksjon på grunn av passivitet

Der ulovfestet ekstinksjon inntreffer etter at en viss tid har gått, skjer ikke lenger ekstinksjonen som en virkning av legitimasjonen, men heller passiviteten.<sup>56</sup> Det er ikke tidsmomentet som er av betydning her, vi skal se at det vil være grunnlag for ekstinksjon uavhengig av om passiviteten har vart i kort eller lang tid, det avgjørende vil være at ervervet i seg selv ikke ga grunnlag for ekstinksjon, men at hjemmelsmann var passiv da det ville vært å forvente at han protesterte eller motsa seg ervervet. Hjemmelsmann har med andre ord oppført seg klanderverdig ved at han forholdt seg passiv da han visste eller burde visst om den reelle tilstanden.

Ved ekstinksjon på grunn av passivitet legges det til grunn de samme vilkårene som andre regler om passivitet benytter. Det vil si at ren passivitet, som i at man ikke bruker eiendommen, er alene ikke nok til å føre til tap av eiendomsretten. Det må samtidig være en annen som råder over eiendommen.<sup>57</sup>

At rette eiers passivitet taler for at en erverver i god tro kan ekstingvere har vi også eksempler på fra annen lovgivning. For eksempel i ekstl.<sup>58</sup> der §3 første ledd der krav om vindikasjon må settes frem uten ugrunnet opphold etter at eier har fått vite om, eller burde ha vist at han kan gjøre slikt krav gjeldende.<sup>59</sup>

Vi har også ekstinksjonsregler på grunn av passivitet i hevdsloven<sup>60</sup>. Grunnen til at det kan bli snakk om ulovfestet ekstinksjon som følge av passivitet, er at vilkåret i hevdsloven om hevdstid ikke er oppfylt. Det kan være vanskelig å tenke seg situasjoner der dette skulle bli aktuelt, da hevdstiden gjennom lang praksis har blitt satt der den er for en grunn med hensyn til rette eier. Forarbeidene<sup>61</sup> åpner imidlertid spesifikt opp for at slike unntak fra loven kan tenkes i situasjoner med særlig god grunn, der rette eier har oppført seg klanderverdig gjennom å ha visst om situasjonen uten å foreta seg noe og erverver har innrettet seg økonomisk, da det blir uttalt: ”avgjerande er då oftast at den aktive parten har sett i verk tiltak som ikkje kan gjerast om att utan tap eller verdspille for han sjølv og for samfunnet, og den passive parten har visst om rettskrenkinga utan å seia ifrå medan det enno var tid og endå det etter vanleg forsvarleg tankegang skulle ha vore gjort”.<sup>62</sup>

---

<sup>56</sup> Harborg og Berg (2003) side 316

<sup>57</sup> Harborg og Berg (2003) side 332

<sup>58</sup> Lov om godtroerverv av løsøre, 2. Juni 1978 nr. 37.

<sup>59</sup> Lilleholdt (2007) side 129

<sup>60</sup> Lov om hevd 12. September 1966 nr. 1

<sup>61</sup> Ot.prop nr. 30 (1965-1966), kapitel 2, punkt 2a

<sup>62</sup> Harborg og Berg (2003) side 317



Vi skal se videre at Høyesterett har gått bort fra lovgivers ønsker og åpnet for ulovfestet ekstinksjon også uten et vilkår om at hjemmelsmann har handlet klanderverdig.

Et eksempel fra Høyesterett der erverver vant rett til eiendommen etter ulovfestet ekstinksjon på grunn av passivitet er Sigdal-dommen.<sup>63</sup> Situasjonen her var at avhender solgte tomter i et hyttefelt, hvor det i ettertid viste seg at 4 av tomtene ikke lå på hans eiendom, men heller var en del av naboeiendommen. Tvisten oppsto ved at rette eier ble vist feil eiendomsgrense da han overtok eiendommen i en ung alder og aldri selv sjekket dette opp nøyere. Selv om ervervet var tinglyst kunne ikke hytteeierne gå til tinglysingsloven for å ekstingvere reelle eiers rett da tinglysningen var gjort på feil gårds og bruksnummer. Det var heller ikke snakk om å ekstingvere etter hevdloven da vilkåret om hevdstid ikke var oppfylt. Høyesterett åpnet her for, og aksepterte ulovfestet ekstinksjon på grunn av passivitet fra rett eiers side.

#### 2.4.1 Hensyn

Da ekstinksjonen her ikke skjer som en virkning av legitimasjonen, er heller ikke hensynet til legitimasjonen lenger gjeldende. Det er her heller en avveining mellom hensynene til den rette eiers eiendomsrett og erververens interesser.<sup>64</sup>

Ved vurderingen om ”sterke grunner” foreligger vil domstolen ta stilling til om erverver har innrettet seg etter det faktum at situasjonen er en vedvarende rettstilstand. Har rette eier samtidig vært passiv og ikke brukt eiendommen og har dermed innrettet seg etter dette, vil han ikke være like beskyttelsesverdig. Med andre ord står rette eier i en klanderverdig situasjon da han har latt tilstanden bli som den er og er dermed ikke like beskyttelsesverdig som erververen.

Ser vi igjen på eksempelet Sigdal-dommen ser vi at retten mener det er hytteeierne som har den beskyttelsesverdige eiendomsretten. Det faktum at de har gjort betydelige investeringer ved oppsetning av hyttene er etter rettens syn mer grunn for beskyttelse, enn rette eiers rett til sin egen tomt, som han gjennom en årrekke ikke har brukt, og da heller ikke vil savne i noen betydelig grad. Selv om retten selv viste til at eieren ikke hadde gjort noe galt, mente retten at hensynene talte for at hans eiendomsrett blir ekstingvert.

---

<sup>63</sup> Rt. 1992 s. 352

<sup>64</sup> Harborg og Berg (2003) side 317

Ut fra dette ser vi at hensynene tilsier at erverver må ha like mye, eller mer å tape i forhold til rette eier har ved å måtte gi fra seg eiendommen. Her vil erververs innrettelse, helst økonomisk, komme som et moment.

#### 2.4.2 Gyldig avtale og aktsom god tro

Kravene er her likt som ved ulovfestet umiddelbar ekstinksjon.<sup>65</sup>

#### 2.4.3 Legitimasjon

Når det er snakk om ekstinksjon som følge av passivitet er ikke selve ervervet i fokus og da er det naturlig at heller ikke avhenders legitimasjon står like sentralt. Vi ser i Sigdal-dommen<sup>66</sup> at avhenders ytre skinn av rett ikke var avgjørende, den havner mer i bakgrunnen,<sup>67</sup> men det er klart at avhender på et tidspunkt må ha vært legitimert også ved snakk om ulovfestet ekstinksjon på grunn av passivitet for at kravet til god tro skal kunne være oppfylt.<sup>68</sup>

#### 2.4.4 Økonomiske investeringer

Skal man kunne ekstingvere uten av tidskravet til hevd har løpt er det som tidligere nevnt, ifølge rettspraksis, ”sterke grunner” som skal til. Høyesterett har uttalt, i blant annet Betty Kjelsberg dommen<sup>69</sup> at moment i avveiningen om slike ”sterke grunner” foreligger, vil være at erverver har utført betydelige investeringer på eiendommen. Det er ikke nok at erverver har benyttet tomten for at man skal la hensynene overfor erverver vinne frem på bekostning av rette eiers. Dette synet er også i samsvar med hevdlovens forarbeider hvor det åpnes for ekstinksjon før utløpt hevdstid.<sup>70</sup>

---

<sup>65</sup> Se 2.3.2 og 2.3.3

<sup>66</sup> RT 1992 s. 352

<sup>67</sup> Lilleholdt (1994) side 288

<sup>68</sup> Harborg og Berg (2003) side 329

<sup>69</sup> Rt. 2000 s. 604

<sup>70</sup> Ot.prop nr. 30 (1965-1966) kapittel II.2.a

#### 2.4.5 Klandreverdighet

Når det kom vil spørsmålet om klandreverdighet, uttalte flertallet i Sigdal-dommen at det ikke kunne være snakk om et slikt vilkår.

De mener det ikke var et vilkår at rette eier kan lastes og påpeker også at rette eier ikke kunne lastes i denne konkrete saken. Allikevel kommer de til at hjemmelsmann burde ha opptrådd annerledes da han hadde ”en særlig oppfordring til å sette seg inn det som fantes av kart og grensebeskrivelser for eiendommen”<sup>71</sup>. Det er vanskelig utfra disse motsigende uttalelser å se hva Høyesterett setter som avgjørende momenter om rette eiers handlinger i avgjørelsen sin. Når de først oppfordrer rette eier til å sette seg inn i de faktiske forhold og at han som en følge av ikke å ha gjort dette taper sin rett i eiendommen, blir det naturlig å se på dette som en konstatering av at et vilkår om ikke klanderverdig oppførsel ikke er oppfylt.<sup>72</sup>

Mindretallet i dommen var av den oppfatning at dersom det skulle gjøres unntak fra kravet om hevdstid, må det ligge andre, mer tungtveiende hensyn enn de som ligger til grunn i hevdsloven. Mindretallet mente altså det måtte være et vilkår at rette eier var å klandre for konflikten. De uttaler at grunnlaget for å gå vekk fra den lovfestede hevdsregelen måtte være at Kolbjørnsen var å bebreide for situasjonen hytteeierne har havnet i.<sup>73</sup> Siden de ikke så noen grunn til å laste den rette eier, fant heller ikke mindretallet noe grunnlag for ekstinksjon.

Dette synet stemmer godt overens med den lovgivende instans sin vilje, da de uttaler gjennom forarbeidene til hevdsloven<sup>74</sup> ”Den som toler eit faktisk rådvaldshøve som er ulovleg andsynes han, kan missa retten sin om han syner klanderverdig passivitet. Avgjerande er då oftast at den aktive parten har sett i verk tiltak som ikkje kan gjerast om att utan tap eller verdspille for han sjølv og for samfunnet, og den passive parten har visst om rettskrenkinga utan å seia ifrå medan det enno var tid og endå det etter vanleg forsvarleg tankegang skulle ha vore gjort. Verknaden vert då at han misser retten sin så langt det trengst for å hindra skaden. Slik passivitetsverknad vil ofte gjera seg gjeldande før tida er lang nok til hevd. Men i somme tilfelle kan bae føra fram.”

Dette synet blir også støttet i litteraturen.<sup>75</sup>

---

<sup>71</sup> Rt. 1992 s. 352, side 356

<sup>72</sup> Harborg og Berg (2003) side 329

<sup>73</sup> Rt. 1992 s. 352, side 356

<sup>74</sup> Ot.prop nr. 30 (1965-1966) kapittel II.2.a

<sup>75</sup> Harborg og Berg (2003) side 333

#### 2.4.6 Tidsmomentet

Da tiden som har gått er et relevant hensyn når man ser på rett eiers passivitet ved hevd, er det lett å tenke seg at dette også vil være et hensyn av betydning ved ulovfestet ekstinksjon på grunn av passivitet.

Ekstinksjon kan være mer forsvarlig ved passivitet over et langt tidsrom enn ved passivitet over en kortere periode, da erververen har hatt tid til å innrette seg etter det han går ut fra er en vedvarende rettstilstand. Dette blir bekreftet av Høyesterett i Sigdal-dommen<sup>76</sup> da de sier ”I tillit til at de har ervervet full eiendomsrett til tomtene har så hytteeierne foretatt tildels betydelige investeringer ved oppføring av hytter m.v. Deretter har så de saksøkte hytteeiere, eventuelt sammen med sine hjemmelsmenn, disponert tomtene med påstående hytter i ca 14 år eller mer uten at det noen gang eller på noen måte har vært reist tvil om deres eiendomsrett”, når de tar opp momenter som taler for beskyttelse av hytteeierne.

De bruker her tidsmomentet som en faktor, men det er ingen ting i dommen som tilsier at resultatet hadde blitt annerledes om tvisten hadde kommet opp kort tid etter at investeringene ble gjort. Det er derfor usikkert hvor stor vekt tidsmomentet faktisk hadde. Jeg går ut fra at det ikke hadde veldig stor vekt og at resultatet ville blitt det samme, selv om det ikke hadde gått 14 år.

Dette blir også bekreftet om man tolker Høyesteretts uttalelser i Betty Kjelsberg dommen.<sup>77</sup> Her virker det ikke som at det faktum at Betty har innrettet seg over tid har noe å si for avgjørelsen. Så lenge innvestering er gjort, virker det som det spiller liten rolle om rette eier reagerer raskt eller lar det gå år før han protesterer på forholdene.<sup>78</sup> Tiden det tar før investeringene blir gjort ser heller ikke ut til å spille noen rolle.<sup>79</sup>

Det er altså vanskelig utfra rettspraksis å komme med et svar på tidsmomentets vekt, men man kan tenke seg at jo mindre beløp som er investert, jo mer vekt vil man legge i tiden som er gått uten innvendinger.

#### 2.4.7 ”Sterke grunner” vurderingen

Det er som vi ser, ved passivitetstilfeller, ikke en like vanskelig avveining som ved umiddelbar ekstinksjon. Om det skal være grunnlag for at erverver skal vinne rett i en eiendom på bekostning av rett eiers passivitet virker det naturlig å sette opp minstevilkår om at erverver

---

<sup>76</sup> Rt. 1992 s. 352, side 357

<sup>77</sup> Rt. 2000 s. 604

<sup>78</sup> Harborg og Berg (2003) side 336

<sup>79</sup> Harborg og Berg (2003) side 336

må ha innrettet seg økonomisk og muligens også at rett eier må ha oppført seg klanderverdig eller i alle fall ikke gjort tilstrekkelig for å sette seg inn i de faktiske forhold.

### 3 EMK Tilleggsprotokoll 1, artikkel 1

#### 3.1 Forhistorie

Både EMK og FNs verdenserklæring<sup>80</sup> bekrefter tanken vi i dag har om at det er en fundamental rettighet å kunne nyte våre eiendeler i fred, uten å være bekymret for å bli fratatt disse. Menneskerettskonvensjonens, tilleggsprotokoll 1 artikkel 1 gir borgere nettopp dette eiendomsvernet. Reglen er allikevel ikke uten unntak og beror på en avveining mellom Statens styringsbehov og enkeltindividets beskyttelsesbehov.<sup>81</sup>

Vi har i Norge fulgt et dualistisk prinsipp<sup>82</sup> hvor konvensjonen har blitt inkorporert i norsk rett. Dette er gjort gjennom menneskerettsloven<sup>83</sup> §§2 og 3 som bestemmer at EMK skal gjelde som norsk lov, og med forrang foran annen norsk lovgivning om det skulle være motstrid.<sup>84</sup> Det betyr at det ikke skal være mulig for Staten å gjennomføre ekstinksjon på ulovfestet grunnlag om det skulle vise seg å være konvensjonsstridig.

Det er overvåkningsorganet Den Europeiske Menneskeretts Domstolen (EMD) som vurderer i hvilken grad Staten etterlever de forpliktelser de har pådratt seg etter konvensjonen og dens protokoller,<sup>85</sup> men som Høyesterett selv uttalte i Tilleggsskatt-dommen<sup>86</sup>, skal norske domstoler ved tolkning av EMK komme til samme resultat som man mener EMD ville gjort, da førskvoterende presiserer ”norske domstoler skal ved tolking av EMK benytte sammen metode som EMD”. For vår del betyr dette at om en sak kommer opp i EMD eller i norsk rett ikke vil være av betydning, da resultatet skal bli det samme.

Historisk sett har EMD med forsiktighet gått inn og dømt imot Stat i sivilrettslige eiendomstvister, men vi kan se i konvensjonspraksis at det har skjedd en utvikling. I *Lindheim and others v Norway*<sup>87</sup>, hvor det var strid rundt spørsmål om fornyelse av festekontrakter måtte skje uten endringer, utalte EMD at utviklingen går mot en sterkere beskyttelse under artikkel 1 i

---

<sup>80</sup> FNs verdenserklæring om menneskerettigheter artikkel 17:

”1. Everyone has the right to own property alone as well as in association with others. 2. no one shall be arbitrarily deprived of his property.

<sup>81</sup> Solheim (2013) side 299.

<sup>82</sup> Dualistisk prinsipp går ut på at folkeretten ikke får virkning på linje med nasjonal rett med mindre det foreligger en særskilt nasjonal gjennomføringsakt.

<sup>83</sup> Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. Mai 1999 nr. 30

<sup>84</sup> Selv før menneskerettighetene ble inkorporert i norsk lov, ble EMK stadig påberopt i Høyesterett. Folkeretten har lenge blitt sett på som en relevant rettskildefaktor med betydelig vekt.

Dette kommer frem av NOU-1993-18, kapittel 5.3.2

<sup>85</sup> Høstmælingen (2007) side 378

<sup>86</sup> Rt. 2002 s. 557

<sup>87</sup> *Lindheim and Others v. Norway* artikkel 135.

tilleggsprotokoll 1 enn vi er vant til da de uttaler at er ”jurisprudential developments in the direction of a stronger protection under Article 1 of Protocol No. 1”.<sup>88</sup>

Når man skal se på om ulovfestet ekstinksjon er i strid med menneskerettighetene, blir det for det første viktig å finne ut hvilken inngrepsart man skal vurdere ulovfestet ekstinksjon under. Dette vil være av betydning for vurderingene i forholdsmessighetsprøvingen, da man har forskjellige terskler for hva som er proporsjonalt i de forskjellige situasjonene.<sup>89</sup>

Man må også se på hvilken momenter som skal tillegges vekt og hvor mye vekt som skal tillegges. Konvensjonen er stadig under utvikling og det blir da ekstra viktig å ikke bare å se på hva som har vært avgjørende i tidligere praksis, men også se på nyere praksis for å finne ut hva som er gjeldende rett etter dagens rettstilstand.

Et annet spørsmål som må stilles er i forhold til lovkravet. Har ulovfestet ekstinksjon det som skal til for at menneskerettighetskonvensjonens generelle vilkår om lovkrav er oppfylt.

Endelig må man, da man ikke har en fasit med en dom fra EMD, selv prøve, med den informasjonen vi har tilgjengelig, å se om ulovfestet ekstinksjon ville klart seg ovenfor dagens tolkning av konvensjonen.

Pye-dommen<sup>90</sup> vil gjennom artikkelen bli nevnt flere ganger. Den er av stor relevans da dommen handler om en hevds lignende situasjon, der eier av eiendommen mistet retten sin til fordel for okkupantene som brukte eiendommen uten avtale i 12 år. Om EMD haade akseptert Statens argumenter, vil dommen mulig ramme flere bestemmelser om tap av eiendomsrett på privatrettslig grunnlag, slik som de norske ekstinksjonsbestemmelsene.

---

<sup>88</sup> Bjørge (2013) side 108

<sup>89</sup> Bjørge (2013) side 108

<sup>90</sup> J.A.Pye (Oxford) Ltd. V. The United Kingdom (2007)

## 3.2 Ordlyden

### *Art 1. Protection of property*

*Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.*

*The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.*<sup>91</sup>

Bestemmelsens ordlyd er vag og gir lite grunnlag for å forstå eiendomsvernet, men gjennom presisering i konvensjonpraksisen har vi i dag likevel et klarere bilde av hva som menes.<sup>92</sup>

Når man skal tolke ordlyden, må man ha i bakhodet at ordlyden ble formulert med tanke på offentligrettslige inngrep, ikke sivilrettslige. Rettskilder kan derfor være noe misvisende og ikke gi et helt riktig bilde av dagens rettstilstand. Konvensjonen er som nevnt dynamisk og tolkingen og bruksområdene stadig under utvikling. Det er nå anerkjent at artikkelen også er aktuell i sivilrettslige tilfeller. Dette viste EMD i blant annet James-dommen<sup>93</sup>, hvor artikkel P1-1 ble brukt i en sivilrettslig sak mellom leietaker og eieren av en tomt.

### 3.2.1 3 inngrepsarter

Bestemmelsen tar for seg tre tilfeller. Vi har i første ledd, andre punktum, regler som tillater ekspropriasjon ved enkelte omstendigheter, kalt avståelsesregelen. Vi har kontrolltilfellene i andre ledd, som gir Staten rett til å gå inn og iverksette samfunnsregulerende tiltak, kalt kontrollregelen. Så har man første ledd, første punktum, som er fundamentet i bestemmelsen, som fanger opp alt som faller utenom kontroll- eller ekspropriasjonstiltakene, også kalt prinsippregelen.<sup>94</sup> Disse tre reglene ble for første gang introdusert i *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, hvor Stockholm kommune hadde ekspropriasjonsplaner og i den forbindelse nedla byggefor-

---

<sup>91</sup> EMK P1-1

<sup>92</sup> Solheim (2010) side 59

<sup>93</sup> *James and Others v. United Kingdom*

<sup>94</sup> Buskerud (1995) side 30



bud på noen bygårder eiet av Sporrang og Lönnroth. Byggeforbudet ble stående i 23 og 8 år uten at uten at ekspropriasjonstilltak var foretatt og Sporrang og Lönnroth påberopte seg da at P1-1 var krenket. Retten mente ikke inngrepet kunne sees på som ekspropriasjon eller at ekspropriasjonstillatelsen kunne sees på som kontroll av bruken av eiendommen. Retten kom så til at P1-1 var krenket fordi kravet om respekt i første ledd første punktum ikke var overholdt.<sup>95</sup>

Reglene er ikke uavhengig av hverandre. Det har i James-dommen<sup>96</sup> blitt presisert at selv om man ser på bestemmelsen som å inneholde tre regler, skal de sees i sammenheng. Retten uttaler her at "the tree rules are not, however, "distinct" in the sense of being unconnected. The second and third rules are concerned with particular instances of interference with the right to peaceful enjoyment of property and should therefore be construed in light of general principle enunciated in the first rule." Ekspropriasjon- og kontrolltilfellene skal altså tolkes i lys av det prinsipielle utgangspunkt,<sup>97</sup> slik at man alltid må se på inngrepets sosiale goder opp mot individets rett til å nyte eiendommen i fred.<sup>98</sup>

Vi vil se senere at det vil bli av stor betydning hvilken av inngrepsartene man skal klassifisere ulovfestet ekstinksjon som, når man skal se på om det strider med ekonvensjonenes eiendomsvern, da momentene i forholdsmessighetsprøvingen vil veie forskjellig og da også konklusjonen på om det strider mot menneskerettighetene eller ikke sannsynligvis vil bli forskjellig.

### 3.2.2 Videre om eiendomsproblematikken

I tillegg til å se på inngrepsarten er det flere spørsmål som må stilles.<sup>99</sup>

#### 3.2.2.1 Eiendomsbegrepet

Vi har først to spørsmål som går på bestemmelsens anvendelsesområde. Da må man for det første se om det foreligger en vernet eiendomsinteresse.

---

<sup>95</sup> Sporrang and Lönnroth v. Sweden, artikkel 61

<sup>96</sup> James and Others v. United Kingdom, artikkel 37

<sup>97</sup> Solheim (2008) side 113.

<sup>98</sup> Dette standpunkt ble også presisert i J.A.Pye (Oxford) Ltd. V. The United Kingdom, artikkel 46.

<sup>99</sup> Solheim (2008) side 111.

Det er EMDs synspunkt at ordet eiendom eller "possessions" som blir brukt på engelsk, skal tolkes autonomisk. Dette kom frem i Gausus dommen<sup>100</sup> der Retten for første gang legger frem at "the notion "possessions" (in french: biens) in article 1 of Protocol No. 1 (P1-1) has an autonomus meaning (...)" når de uttaler seg om eiendomsbegrepet i forbindelse med en rett i en sementblander Staten hadde tatt beslag i under et konkursoppgjør. Det er altså ikke opp til hver enkelt stat å bedømme hva som skal legges i begrepet eiendomsinteresse, da dette skal være likt for alle stater.<sup>101</sup>

Internasjonalt har eiendomsbegrepet blitt tolket vidt, og er stadig under utvikling. Det omfatter ikke bare det vi i Norge normalt legger i begrepet, som fast eiendom, løsøre og andre konkrete ting. Det strekker seg lenger og omfatter også en rekke rettigheter og interesser av privat- og offentligrettslig karakter.<sup>102</sup> Høyesterett erkjenner i Rt 2008 s. 1747 at eiendomsbegrepet i EMK strekker seg lengere enn vi gjør etter norsk rett, da de uttaler "slik dette er blitt foreslått av EMD, er den norske oversettelsen ikke treffende. Det er på det rene at "Possessions" er tolket meget vidt, slik at også rettigheter som ligger fjernt fra den alminnelige bruk av eiendomsbegrepet omfattes"<sup>103</sup>. Retten tok her opp om utmål var en rettighet som hadde eiendomsvern og om da Staten ville være erstatningspliktig når rettigheten til oljeleting ikke kunne benyttes da Staten opprettet Hopen naturreservat. Retten kom til at det var tvilsomt at utmål kunne ansees som eiendom i konvensjonens forstand, men tok ikke videre stilling til dette da de mente inngrepet uansett ikke ville innebære en krenkelse.<sup>104</sup>

Det er klart gjennom konvensjonspraksis i dag at begrepet i alle fall må gjelde fast eiendom, løsøre, pengefordringer, kontanter, aksjer og begrensede rettigheter i fysiske goder som generell bruksrett av fast eiendom, fiskerettigheter og lignende. Begrepet er heller ikke avgrenset til å bare omfatte vern av materielt gods, også immaterielle rettigheter som patenter og varemerker faller inn under konvensjonens vern.<sup>105</sup>

Uten at domstolene kan sette klare retningslinjer på hva som faller inn under eiendomsbegrepet, kan det i alle fall sies at det vil være avgjørende at interessen, eller rettigheten er etablert, det kan ikke være snakk om en kommende, uetablert rettighet.

Når det gjelder de ulovfestede ekstinksjonstilfellene og spørsmålet om disse krenker eiendomsvernet, vil ikke eiendomsbegrepet være problematisk, da det er klart at fast eiendom vil falle inn under eiendomsbegrepet, da også bruksretter og festeretter som vi finner eksempel på

---

<sup>100</sup> Gasus Dossier- und Fördertechnik GmbH v. Netherlands, artikkel 53.

<sup>101</sup> Gauksdottir (2004) side 131

<sup>102</sup> Solheim (2010) side 17.

<sup>103</sup> Rt 2008 s. 1747, avsnitt 41

<sup>104</sup> Solheim (2010) side 19

<sup>105</sup> Solheim (2010) side 136

i *Lindheim v. Norway*. Her gjaldt saken eiers innskrenking i rettigheter på tomt som var festet bort, da Norsk lov ga festeren rett til å forlenge festekontrakten på samme vilkår som tidligere.<sup>106</sup>

### 3.2.2.2 *Eiendomsinngrep*

Det andre spørsmålet som også går på anvendelsesområdet, er om Staten har stått for et eiendomsinngrep. Kravet følger ikke direkte av ordlyden, men det må være klart at det ikke kan være snakk om noe vern om ikke dette vernet blir utfordret gjennom et inngrep.<sup>107</sup>

Inngrepsterskelen er ikke nødvendigvis veldig høy<sup>108</sup>, men rettspraksis viser at det som regel må handle om et økonomisk tap. I dommen *Van der Mussele v. Belgium* går retten langt i å indikere dette som vilkår. Her hadde Staten nektet å refundere en advokat for hans utgifter ved en *pro bono* sak han hadde gjort og EMD kom til at dette ikke var et inngrep etter konvensjonen med begrunnelsen i at refusjonskravet var såpass lite at det ikke utgjorde et økonomisk tap.<sup>109</sup>

Dette er imidlertid ikke et absolutt vilkår. Vi har eksempler der EMD har kommet til at det foreligger inngrep uten at det er snakk om økonomisk tap.<sup>110</sup> Dette var tilfelle i *Chassagnou and others v. France*<sup>111</sup> der klager mente det var et inngrep i eiendomsvernet da de ble pålagt å la andre jakte på deres eiendom og de prinsipielt var imot jakt. Inngrepet rammet dem altså moralsk og ikke økonomisk. Retten kom til at dette var konvensjonsstridig.

Vernet gjelder først og fremst uberettiget inngrep gjort av Staten, men Staten kan også ha en positiv plikt til å foreta visse handlinger for å sikre at eier får nyte sin eiendom i fred uten inngrep fra andre.<sup>112</sup> Dette prinsipielle synet har vi eksempel på i *Gustafsson v. Sweden*<sup>113</sup> hvor en restauranteier ble boikottet av fagforeninger da han ikke ville signere avtaler med dem. Han påberopte seg P1-1 og hevdet at Staten ikke hadde beskyttet hans restaurant mot økonomisk tap på grunn av fagforeningens boikott. Retten påpekte her at Staten kan være ansvarlig for at eier ikke får nyte sin eiendom i fred fra andre, men mente det ikke her gjorde seg gjeldende da fagforeningssanksjonene ved å nekte leveranse ikke utgjorde en stor nok

---

<sup>106</sup> *Lindheim and others v. Norway*

<sup>107</sup> Solheim (2010) side 60

<sup>108</sup> Solheim (2008) side 113

<sup>109</sup> *Van der Mussele v. Belgium*, artikkel 49.

<sup>110</sup> Solheim (2010) side 62

<sup>111</sup> *Chassagnou and others v. France*.

<sup>112</sup> NOU 2013:11 kapittel 5.2.1.3

<sup>113</sup> *Gustafsson v. Sweden*, artikkel 60.

krenkelse. Statens positive handlingsplikt forutsetter at det er en direkte og umiddelbar forbindelse mellom det Staten kan foreta seg og klagers nytelse av sin eiendel.<sup>114</sup>

Heller ikke dette spørsmålet byr på problemer når man skal se på om ulovfestete ekstinksjonstilfeller faller inn under konvensjonens eiendomsværn, da fratagelse av fast eiendom vil innebære et økonomisk tap og det klart er snakk om et inngrep fra Statens side.

### 3.2.2.3 Lovkrav

De resterende spørsmålene man må stille seg, går på rettferdiggjørelsen av inngrepet. Da kan man først se på konvensjonens lovkrav.

Det er presisert i artikkelens ordlyd at alle eiendomsinngrep må ha en hjemmel. Lovkravet er det samme lovkravet som resten av konvensjonen stiller. Dette kom retten til i Sunday Times dommen<sup>115</sup> der domstolen tok stilling til forholdet mellom de ulike lovkravene i de forskjellige artiklene. Du uttalte her "... are equally authentic but not exactly the same, the court must interpret them in a way that reconciles them as far as possible...". Det er altså samme krav til hjemmelen gjennom hele konvensjonen.<sup>116</sup>

Formålet med et slikt lovkrav er å gi befolkningen beskyttelse mot vilkårlig inngrep og å sikre forutberegnelighet ved at de får et realistisk bilde at hvilke regler er gjeldene, for så å kunne innrette seg etter dette og kunne forutse konsekvensene av sine handlinger.<sup>117</sup> Dette er også EMDs sysnunkt, som kommer til uttrykk da de påpeker i *Kruslin v. France*<sup>118</sup> at "it also refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned, who must moreover be able to foresee its consequences for him", når det kom til hva som forventes av den nasjonale loven og om fransk rettspraksis tilfredsstilte lovkravet. Loven må altså være "accessible" og "foreseeable", oversatt til norsk vil det si tilgjengelig og forutsigbar.

Som regel byr ikke dette på problemer, da de fleste rettstatene i Europa har strenge legalitetskrav, men det kan bli spørsmål om det Staten selv ser på som tilstrekkelig, er det samme som konvensjonen setter som nødvendig.<sup>119</sup> Videre kan også svakheter ved hjemmelen vektlegges ved forholdsmessighetsprøvingen.

---

<sup>114</sup> Kjølbrot (2007) side 792

<sup>115</sup> *Sunday Times v. The United Kingdom*, artikkel 48.

<sup>116</sup> Solheim (2010) side 76

<sup>117</sup> Buskerud (1995), side 71

<sup>118</sup> *Kruslin v. France*, artikkel 27.

<sup>119</sup> Solheim (2008) side 114

For spørsmålet om Staten krenker P1-1 med ulovfestet ekstinksjon kan dette bli relevant, da man i stor grad kan stille spørsmål ved hjemmelen både i forhold til lovkravet og i en forholdsmessighetsprøving. Jeg vil komme tilbake til dette nedenfor i kapittel 3.4

#### 3.2.2.4 *Legitimt formål*

Et annet spørsmål blir om inngrepet har et legitimt formål. Inngrepet må ha vært gjort ut fra samfunnsmessige hensyn.<sup>120</sup> Når det gjelder hva som er samfunnsmessig, viser rettspraksis at Staten har en skjønnsmargin som EMD sjeldent overprøver. Dette blir blant annet bekreftet i *Mellacer and Others v. Austria*<sup>121</sup>, hvor retten konstaterer at de ikke er villige til å overprøve Statens skjønnsmargin når de skulle se på om det var konvensjosstridig ovenfor huseierne at Staten gikk inn å kontrollerte leien slik at leietagere fikk lavere leie enn markedsleie. De uttaler i denne sammenheng: "the legislature must have a wide margin of appreciation both with regard to the existence of a problem of public concern warranting measures of control and as to the choice of the detailed rules for the implementation of such measures. The Court will respect the legislatures judgment as to what is in the general interest unless that judgment be manifestly without reasonable foundation".

EMD har historisk sett som regel latt det være opp til hver enkelt stat å avgjøre hva som samfunnsmessig gjør et inngrep legitimt, da de står i en bedre posisjon til å vite de økonomiske, politiske og sosiale behovene i sitt eget land.<sup>122</sup> Det vil bli tatt opp senere akkurat hva som i dag faller inn under denne skjønnsmarginen, men det kan raskt påpekes at selv hvor EMD ikke vil overprøve legitimiteten av et formål, kan det allikevel få en betydning når det kommer til forholdsmessighetsprøvingen om EMD mener legitimiteten er svak<sup>123</sup>. Som et eksempel har vi *Pye-dommen*.<sup>124</sup> Retten spurte først om det forelå et legitimt formål med fratagelsen av eiendommen og så da spesielt om inngrepet var gjort ut fra samfunnsmessige formål. Retten kom her frem til at hevdsregelen er legitim, da den tjener allmenne interesser ved å sikre en forutsigbarhet folk kan forholde seg til, som igjen gir en rettsikkerhet. Spørsmålet kom allikevel opp igjen senere, når retten så på forholdsmessigheten mellom krenkelsen av eiers eiendomsrett og samfunnsinteressen, de var da ikke lenger like overbeviste om krenkelsen rettmessighet, selv om de kom til at inngrepet ikke var konvensjonsstridig.

---

<sup>120</sup> Solheim (2008) side 113

<sup>121</sup> *Mellacer and Others v. Austria*, artikkel 45

<sup>122</sup> Solheim (2010) side 80

<sup>123</sup> Solheim (2008) side 114.

<sup>124</sup> *J.A.Pye (Oxford) Ltd. v. The United Kingdom* (2007), artikkel 70.

For oppgavens problemstilling vil man også ved ulovfestet ekstinksjon tilkjenne Staten en viss skjønnsmargin når det kommer til om de har et legitimt formål med inngrepet. Men som vi kommer tilbake til er det ikke lenger sikkert denne skjønnsmarginen er like vid som den en gang var.<sup>125</sup>

### 3.2.2.5 Forholdsmessighetsprøving

Det siste man må se på er selve forholdsmessighetsprøvingen. Hensikten her er å finne en balanse mellom Statens styringsbehov og individets beskyttelsesbehov.<sup>126</sup>

Til forskjell fra norsk rett, gjelder forholdsmessighetskravet i EMK alle tre eiendomsinngrep, selv om tyngden av momentene kan være forskjellig.<sup>127</sup> Dette vil jeg komme nærmere innpå i kapitel 3.3, da det har skjedd en utvikling i rettspraksis når det gjelder momentene til de tre inngrepsartene.

Kravet til forholdsmessighet innebærer at Stat må oppnå det formål som var grunnen til inngrepet, samtidig som at Staten ikke går lenger enn nødvendig for å oppnå dette formålet. Om dette ikke er tilfellet, vil det heller ikke kunne være snakk om at det er forholdsmessig da klager har måtte bære en individuell og uforholdsmessig byrde.<sup>128</sup>

Praksis viser videre at erstatning for tapet er sett på som en viktig del av vurderingen i avståelsesinngrepene,<sup>129</sup> da noen av ulempene enkeltpersonen går gjennom kan veies opp ved at han føler han blir tilkjent en rimelig erstatning.<sup>130</sup> I for eksempel James-dommen, der eier måtte avstå eiendom til fordel for leietageren, poengterer retten at avståelse uten kompensasjon bare kan være aktuelt i veldig spesielle situasjoner.<sup>131</sup> Hvor stor erstatningen skal være, er som regel avhengig av inngrepets formål. Ved vanlig ekspropriasjon, der det ikke foreligger spesielle omstendigheter, vil det normalt kreves full markedsverdi<sup>132</sup> mens det i andre tilfeller, der sosiale hensyn taler for det, kan være akseptabelt med en lavere sum<sup>133</sup>. Som jeg

---

<sup>125</sup> Se oppgavens punkt 3.3.3

<sup>126</sup> Solheim (2008) side 115.

<sup>127</sup> Solheim (2008) side 115.

<sup>128</sup> Kjølbrot (2007) side 799

<sup>129</sup> Solheim (2008) side 115.

<sup>130</sup> Buskerud (1995) side 88

<sup>131</sup> James and Others v. United Kingdom, artikkel 54.

<sup>132</sup> Dette er EMDs syn, som kommer til uttrykk i Scordino v. Italy, artikkel 96.

<sup>133</sup> Scordino v. Italy, artikkel 97.

vil komme tilbake til senere er ikke erstatning begrenset til bare avståelsetilfellene, også ved prinsipp og kontrolltilfellene blir det et moment i forholdsmessighetsprøvingen.<sup>134</sup>

Andre momenter enn erstatning kan være inngrepets karakter, tyngden av samfunnsmessige hensyn, hjemmelens godhet, men også partenes opptreden, vilkårlighetslementer, sammenhengen med andre konvensjonsbestemmelser og mer.<sup>135</sup>

I forhold til oppgavens problemstilling, om ulovfestet ekstinksjon strider med P1-1, vil forholdsmessighetsprøvingen bli viktig. Det er her avveielser mellom inngrepet som er gjort mot hjemmelsmann og allmeninteressen stort sett vil bli avgjørende for om det foreligger en krenkelse eller ikke.

---

<sup>134</sup> Se oppgavens punkt 3.3.5

<sup>135</sup> Solheim (2008) side 114.

### 3.3 P1-1s rettslige utvikling

#### 3.3.1 Den generelle utviklingen i kontrolltilfellene

EMD har selv presisert i *Tyrer v. United Kingdom*<sup>136</sup> at de ikke bare anvender, men også utvikler konvensjonen, da de uttaler ”the convention is a living instrument which, must be interpreted in the light of present day conditions”. Dette fordi den hele tiden skal sees i lys av nåtidens situasjon og oppdateres for å passe inn med samfunnsutviklingen.<sup>137</sup>

EMD vil med dette tolke konvensjonen dynamisk for å kunne komme til en fornuftig konklusjon når det gjelder problemstillingen om hvorvidt ulovfestet ekstinksjon innebærer et konvensjonsbrudd eller ikke. Da EMD finner det viktig å vurdere artikkelen etter dagens rettstilstand, vil jeg bruke litt tid på å se på utviklingen og de nye tendensene når det kommer til P1-1.

Jeg vil bruke kapitlet på å ta opp endringene i detaljer, men som hovedlinjer kan man komme med en kort presentasjon. Vi har for det første gått fra at retten på 80-tallet hadde et generelt veldig snevert og formelt syn på vernet av eiendomsretten, til en mindre restriktiv tilnærming i dag.<sup>138</sup> Rosalyn Higgins, senere president i den internasjonale domstolen, uttalte på begynnelsen av 80-tallet at hun oppfattet artikkelen, og rettens bruk av den, som ekstremt kunstig og overfladisk.<sup>139</sup>

Det har siden den gang foregått en utvikling i synet rundt artikkelen, og enkeltindividents rettigheter når det kommer til eiendeler blir stadig sterkere.

Utviklingen har også gjort seg gjeldende når det kommer til EMDs forståelse av kontrollregelen og da spesielt med tanke på når den skal tas i bruk og hvor stor skjønnsmargin EMD skal gi Staten. Utviklingen har senere også gjort seg gjeldende med tanke på forholdsmessighetsprøvingen og hva man skulle vektlegge der. Dette medfører at det kanskje ikke lenger er like avgjørende som tidligere antatt, hvilken regel, kontrollregelen eller avstålseregelen, man løser problemstillingen om ulovfestet ekstinksjon utfra.<sup>140</sup>

Fra begynnelsen anvendte ikke EMD forholdsmessighetsprøvingen i det hele tatt når det kom til P1-1, det ble etter hvert en praksis der avveiningen ble tatt med, men domstolen gjorde det klart at prøving av standarden ”minst inngripende tiltak” som resten av konvensjonen arbeidet

---

<sup>136</sup> *Tyrer v. United Kingdom*

<sup>137</sup> Skoghøy 82011) Side 515

<sup>138</sup> Bjørge (2013) side 110

<sup>139</sup> Higgins (1982) side 346

<sup>140</sup> Bjørge (2013) side 113



med, ikke skulle legges til grunn. Dette synet kommer til uttrykk i James-dommen der domstolen uttaler at ”reading a test of strict necessity into the article (is) an interpretation which the Court does not find warranted”.<sup>141</sup> Det ble med dette en snillere vurdering enn ved andre bestemmelser i konvensjonen.

Vi er nå på et utviklingstrinn hvor en slik vurdering ikke lenger gjør seg gjeldende da nyere praksis viser at det er den samme forholdsmessighetsprøvingen i P1-1 som i resten av konvensjonen.<sup>142</sup> Som et resultat av dette, har domstolene i større grad enn tidligere, og da særlig i kontrolltilfellene, kommet med avgjørelser der Staten har handlet konvensjonsstridig. Den tilbakeholdenheten man så tidligere, med henvisning til Statens skjønnsmargin, har nå gått over i en trend der eiendomsretten ved kontrollregelen, for ikke å snakke om vernet av eiendomsretten generelt, blir tatt mer alvorlig.

En annen utvikling ved kontrolltilfellene de senere årene, er at retten har gått fra å mene det ikke var behov for kompensasjon av økonomiske tap ved kontrolltilfeller, til i dag å mene at det med erstatning kan ha innvirkning på forholdsmessighetsprøvingen og da også ha betydning for om det foreligger konvensjonsbrudd eller ikke.<sup>143</sup>

### 3.3.2 Domstolenes tolkning av kontrollregelen

Det ble nevnt tidligere at det har foregått en utvikling med tanke på hvilke tilfeller som faller inn under hvilken inngrepsart.<sup>144</sup>

Det blir av betydning for oppgavens problemstilling å finne ut hvor man etter dagens tankegang vil plassere ulovfestet ekstinksjon, da forholdsmessighetsprøvingen fremdeles tillegges forskjellig avveininger i de forskjellige situasjonene. Det vil som nevnt, allikevel ikke ha samme betydning som det historisk hadde, da det ikke lenger er like stor forskjell mellom avveiningene som det har vært tidligere. Vi har gått bort fra, i eldre praksis å løse de fleste kontrollinngrepsaker etter læren om Statens skjønnsmargin, til gradvis å tillegge forholdsmessighetsprøvingen mer vekt.<sup>145</sup>

Utviklingen av hvilken inngrepsart man ville plassere ulovfestet ekstinksjonstillfeller under, har vi et godt eksempel på i Pye-dommen.<sup>146</sup> Selv om dommen ikke ble tatt opp

---

<sup>141</sup> I James and Others v. United Kingdom, artikkel 51

<sup>142</sup> Bjørge (2013) side 111

<sup>143</sup> Bjørge (2013) side 111

<sup>144</sup> Se oppgavens punkt 3.2.1

<sup>145</sup> Bjørge (2013) side 110

<sup>146</sup> J.A.Pye (Oxford) Ltd. v. The United Kingdom

med mange års mellomrom, representerer den første dommen den gamle praksisen, mens den andre retter på dette synet ved å konstatere en ny måte å se på avståelse situasjoner mellom privatpersoner, der Staten går inn og regulerer med hensyn til samfunnets beste.

I den første dommen er det snakk om å bruke avståelsesreglen i første avsnitt, andre punktum. Det blir hevdet at situasjonen ikke dreier seg om hvordan eiendommen skal brukes, men heller hvem som skal bruke den, og er derfor ikke et kontroll-spørsmål slik som Staten hevder, men et avståelsesspørsmål.<sup>147</sup> Retten viser til et annet eksempel hvor EMD har sagt at overføring av fast eiendom fra en person til en annen er et avståelsesspørsmål og at dette dermed er en etablert praksis. Dette andre eksempelet som det blir henvist til er Jamesdommen<sup>148</sup> der rett eier måtte avstå eiendom til fordel for leietager. Dommene er fra 1986 og 2005 og selv om det ved første øyekast kan virke fornuftig å plassere ulovfestet ekstinksjon som et avståelsesinngrep, da den praktiske situasjonen for hjemmelsmannen er at han må avstå sin eiendom, har det i ettertid gått mot en utvikling der praksisen viser at man allikevel ikke lenger ser slik på det.

Dette kommer frem når Pye-dommen kom opp i storkammer.<sup>149</sup> Her tolket retten faktum etter nåtidens rettssituasjon, slik at Pye ikke mistet retten sin ved "deprivation of possessions" i artikkelens første ledd andre punktum, men heller ved "control of use" i andre ledd. Retten mente altså at man ikke kunne se på situasjonen som fratagelse av noen eiendom, men heller delegering av eiendommen til å bli disponert etter allmenhetens interesse.<sup>150</sup>

Dette kan sitte dårlig hos noen, da bestemmelsens ordlyd kan virke misvisende. Ordet kontroll kan tolkes for strengt og gi et feilaktig syn på artikkelen. Bytter man derimot ut ordet kontroll med regulere, som kommisjonen i Baner v. Sweden<sup>151</sup> påpeker at man skal, da de sier "the French text speaks of "reglementer l'usage des biens", which more accurately describes what, in the commissions view, must be the purpose of the second paragraph. This provision must be understood to permit the enforcement of laws which are deemed necessary to regulate the use of property." <sup>152</sup> vil det bli lettere å plassere ulovfestet ekstinksjon som et kontroll-tilfelle, da det skal sees på som en regulering av eierforholdet utfra samfunnsinteresser.<sup>153</sup>

---

<sup>147</sup> J.A.Pye (oxford) Ltd. v. The United Kingdom (2005), artikkel 60.

<sup>148</sup> James and Others v. United Kingdom.

<sup>149</sup> J.A.Pye (Oxford) Ltd. v. The United Kingdom (2007), artikkel 65.

<sup>150</sup> Marthinussen (2008) side 193

<sup>151</sup> Baner v. Sweden, artikkel 6

<sup>152</sup> Bjørge (2013) side 108

<sup>153</sup> Gauksdottir (2004) side 178

### 3.3.3 Rådighetsinnskrenkning i Statens skjønnsmargin

Skjønnsmarginen er et prinsipp skapt av domstolen til bruk ved tolkingen av menneskerettskonvensjonen.<sup>154</sup> Prinsippet går i korthet ut på å gi de statlige domstolene en tolkningsmargin når det kommer til reglene i EMK. Hensynene til denne skjønnsmargingen er flere. Vi har, som allerede nevnt, hensynet som går ut på at Staten står nærmest den nasjonale situasjonen, de vet best hva som er de økonomiske, politiske og sosiale hensynene for sin egen nasjon.<sup>155</sup>

I tillegg støtter prinsippet konvensjonens system, ved at Staten har primæransvaret for å sikre enhver sine rettigheter og friheter innenfor sitt myndighetsområde.<sup>156</sup>

For det tredje finns det et politisk argument, der man vil beholde en balanse mellom konvensjonens kontrollinstitusjoner og Statenes demokratiske organer.<sup>157</sup>

Det har tidligere blitt nevnt at domstolene sjeldent overprøver skjønnsmarginen, og da spesielt ikke i kontrolltilfellene,<sup>158</sup> men det skal allikevel legges merke til at vi her har sett en tendens de senere årene der domstolene er mindre tilbøyelige til å gi Statene en så bred skjønnsmargin som den gjorde for 20 til 30 år siden. Dette er også poengtert av domstolen selv, i Amato Gauci dommen<sup>159</sup> der det ved vurderingen av forholdsmessigheten av en lov som regulerte leie, ble sagt om Statens skjønnsmargin at ” what might have been justified eighteen years ago (...) will not necessarily be justified today”.

Det er verdt å merke seg at dette ikke var rettens syn i Pye-dommen. Når det kommer til vurderingen av allmenhetens interesse, sier EMD her at de i stor grad vil respektere de nasjonale avveiningene av hva som er i ”public interest”, de vil altså være forsiktige med å gå inn og overprøve den nasjonale avveiningen om hva som sees på som legitime formål og om det er forholdsmessig. Dommen er imidlertid eldre enn Amato Gauci dommen, så det kan tenkes at man etter dagens rettstilstand ville ha kommet til et annet resultat også her.

For oppgavens problemstilling vil dette i så fall tale for en tankegang der man ikke ville lagt for mye i Statens skjønnsmargin i ulovfestet ekstinksjonstilfeller heller.

---

<sup>154</sup> Broch (2005) side 260.

<sup>155</sup> Solheim (2010) side 80, Se også oppgavens punkt 3.2.2.4

<sup>156</sup> Broch (2005) side 261.

<sup>157</sup> Broch (2005) side 261

<sup>158</sup> Bjørge (2013) side 112

<sup>159</sup> Amato Gauci v. Malta, artikkel 60.

### 3.3.4 Utvikling i forholdsmessighetsprøvingen

Det er tidligere nevnt at et vilkår, for at et inngrep ikke skal være konvensjonsstridig etter artikkel P1-1, er at det skal være forholdsmessighet i forholdet mellom det som er gjort ovenfor enkeltindividet og målet med frataelsen.<sup>160</sup>

Det er også sagt at den tradisjonelle tanken, om at man prøver forholdsmessigheten mer lempelig enn ved andre bestemmelser i konvensjonen, ikke lenger gjør seg gjeldende.<sup>161</sup> Dette kan man se om man sammenligner eldre dommer som James-dommen<sup>162</sup> og Tre Traktorer Aktiebolag v. Sweden<sup>163</sup> fra 80-tallet og nyere dommer som Hentrich<sup>164</sup>, og Capital Bank<sup>165</sup>. I de eldre dommene har myndighetene mulighet til å foreta mindre inngripende tiltak med samme samfunnsmessig resultat, men retten kom til at det ikke var nødvendig. I de to nyere har retten endret sin mening, her kom domstolene til at det vil være konvensjonsstridig å gjennomføre kontrollerende tiltak om myndighetene kunne foretatt et mindre inngripende tiltak som ville ivarett de samme alminnelige hensynene. Dette kommer til uttrykk i Hentrich der retten sier ”Furthermore, the State has other suitable methods at its disposal...” og dermed kommer til en avgjørelse om at å frata eiendom, med formål å ”skremme” befolkningen til å ikke forsøke å lure seg unna eiendomskatten, er konvensjonsstridig, da Staten hadde andre midler tilgjengelig som ville vært like effektive for å oppnå ønsket resultat. Dette er fremdeles dagens synspunkt og forholdsmessighetsprøvingen er dermed den samme som i resten av konvensjonen.

Forholdsmessighetstesten er i dag en konkret test og går ut på om klageren ”etter en helhetsvurdering må ansees å bære en individuell og urimelig byrde”.<sup>166</sup> Momentene i vurderingen kan være mange. I Pye-dommen legger for eksempel retten vekt på at det hadde vært relativt lett for Pye å beskytte seg og dermed avbryte hevdstiden.<sup>167</sup>

Et annet moment er tiden, da han har hatt god tid på å gjøre dette.<sup>168</sup>

Det har også blitt vektlagt, første gang Pye-dommen kom opp hos EMD, at Pye ikke hadde fått noen form for advarsel om at han sto i fare for å miste tomten sin.<sup>169</sup>

---

<sup>160</sup> Se oppgavens punkt 3.2.2.5

<sup>161</sup> Bjørge (2013) side 112

<sup>162</sup> James and Others v. United Kingdom, artikkel 51

<sup>163</sup> Tre Traktorer Aktiebolag v. Sweden, artikkel 62,

<sup>164</sup> Hentrich v. France, artikkel 47

<sup>165</sup> Capital Bank AD v. Bulgaria, artikkel 138

<sup>166</sup> Solheim (2013) side 302.

<sup>167</sup> J.A.Pye (Oxford) Ltd. v. The United Kingdom (2007), artikkel 78.

<sup>168</sup> J.A.Pye (Oxford) Ltd. v. The United Kingdom (2007), artikkel 78.

<sup>169</sup> J.A.Pye (Oxford) Ltd. v. The United Kingdom (2005), artikkel 74 -Reglene i Storbritannia hadde i ettertid av hendelsen blitt endret, slik at man nå var nødt til å informere om hva som er i ferd med å skje. Dette mente

Et annet moment fra første gang Pye-dommen kom opp hos EMD, var at Pye var et profesjonelt selskap som drev med eiendom, slik at man forventet en bedre kunnskap om regelen, som er velkjent og har stått uforandret i mange år, enn man ville ha gjort hos en privatperson.<sup>170</sup>

Selv om dommen senere ble korrigert av storkammer, viser eksempelet hva EMD kan trekke frem som momenter.

Det er av spesielt stor interesse i forhold til om ulovfestet ekstinksjon strider med konvensjonens eiendomsrett å se på hvilke momenter som ble tatt opp i Pye-dommen da den er eksempelet i EMDs rettspraksis som er mest likt ulovfestet ekstinksjon. Momentene er stort sett de samme i begge dommene, men resultatet i den siste dommen av mest interesse for oss, da den som storkammerdom viser den mest riktige måten å vurdere en slik situasjon på. Den representerer best dagens rettstilstand, og vil også være eksempelet som faller nærmest ulovfestet ekstinksjon.

Man må allikevel ha i tankene at det ble en dissensdom med 10 mot 7 stemmer og dette går utover hvor godt dommen befester de prinsipielle standpunktene den tar opp.<sup>171</sup>

Mindretallet med 7 mot 10 i den relevante Pye-dommen, mente hensynene til allmennheten ikke rettferdiggjør alvorligheten i inngrepet ovenfor enkeltindividet. De mener, som flertallet i den første dommen, at hensynene bak hevden ikke gjorde seg gjeldende ved land som var tinglyst<sup>172</sup> og derfor at inngrepet ikke var forholdsmessig, da den alminnelige interessen ikke kunne veie opp for inngrepet i den enkeltst rett til fredfull nytelse av sin eiendel.

Når det var så stor uenighet om hva som skal tillegges vekt på ved forholdsmessighetsprøvingen rettens medlemmer imellom, tyder på at dette er et svært vanskelig spørsmål med mange marginer og momenter. Det betyr for vår del at resultatet kan bli et helt annet for ulovfestet ekstinksjon bare ved at et par momenter eller hensyn er annerledes.

### 3.3.5 Utvikling i synet på økonomisk kompensasjon

Som nevnt tidligere var det fra tidlig EMD praksis ikke behov for erstatning som moment i forholdsmessighetsprøvingen ved kontrolltilfellene på samme måte som det var ved avståelsestilfellene.<sup>173</sup> I James-dommen bekrefter retten dette, da de påpeker at erstatning er et viktig

---

retten ga en indikasjon om at staten selv også måtte være enig i at det burde være slik, ble sett på som en form for statlig skjønnsmargin med tilbakevirkende kraft.

<sup>170</sup> J.A.Pye (Oxford) Ltd. v. The United Kingdom (2005), mindretallets uttalelse, artikkel 2

<sup>171</sup> Marthinussen (2008) Side 195

<sup>172</sup> J.A.Pye (Oxford) Ltd. v. The United Kingdom (2005), mindretallets uttalelse, artikkel 10.

<sup>173</sup> Se oppgavens punkt 3.2.2.5

moment ved avståelse av eiendom, etter andre setning i første ledd. De sier ikke ”som viktig moment i artikkelen som helhet”, og da også for de andre inngrepsartene.<sup>174</sup>

Selv om vi har rettspraksis hvor flere dommer har kommet til at det foreligger forholdsmessighet uten erstatning,<sup>175</sup> viser utviklingen allikevel en tendens der stadig flere saker krever at erstatning har blitt utbetalt under kontrollregelen, selv der samfunnshensynene er spesielt tungtveiende. I eksempelet *Fleri Soler and Camilleri v. Malta*<sup>176</sup> kommer retten til at erstatningen klageren fikk for sitt tap av kontroll i eiendommen sin, utgjorde bare noen få euro i måneden, og var ikke tilstrekkelig økonomisk erstatning i et kontrolltilfelle, da de poengterer ”the Court cannot but note that the sums in issue – amounting to less than EUR 7 per month until 1988 and to less than EUR 58 per month from 1989 onwards – are extremely low and could hardly be seen as fair compensation for the use of a building which was big enough to house public offices and an entire government department”<sup>177</sup>

Erstatningen er fremdeles ikke like sentral i kontrolltilfellene som ved avståelsestillfellene, men det finnes heller ikke lenger en presumpsjon imot økonomisk erstatning.<sup>178</sup>

Hvis vi igjen går til *Pye*-dommen og ser hvordan de så på erstatningsmomentet, ser vi at retten her mente det ikke hadde relevans i kontrolltilfeller. De fremhevet at poenget med erstatning til tidligere eier vil stride imot hele hensikten med regelen om hevd, da han ikke lenger ville ha en like stor interesse i å beskytte sin eiendel<sup>179</sup>. Dette trenger ikke bety at domstolen ikke fulgte dagens rettsstilstand, men heller at momentet økonomisk erstatning ikke i denne situasjonen veide tyngre enn hensynet til samfunnsinteressen.

---

<sup>174</sup> *James and Others v. United Kindom*, artikkel 54

<sup>175</sup> Som for eksempel i *Fredin v. Sweden*, *Pine Valley developments Ltd. V. Irland*, *Air Canada v. Unitid Kingdom*.

<sup>176</sup> *Fleri Soler and Camilleri v. Malta*, artikkel 74

<sup>177</sup> Et annet eksempel på dette er *Hutten-czapska v. Poland*, artikkel 239 der retten uttaler ”the Court considers that the respondent State must above all, through appropriate legal and/or other measures, secure in its domestic legal order a mechanism maintaining a fair balance between the interests of landlords, including their entitlement to derive profit from their property, and the general interest of the community – including the availability of sufficient accommodation for the less well-off – in accordance with the principles of the protection of property rights under the Convention. (understreket av meg)

<sup>178</sup> Bjørge (2013) side 119

<sup>179</sup> *J.A.Pye (Oxford) Ltd. v. The United Kingdom* (2007), artikkel 79.

### 3.4 Artikkelens lovkrav

Som nevnt er lovkravet av interesse for om ulovfestet ekstinksjon er i strid med konvensjonens eiendomsvern da man i stor grad kan stille spørsmål ved hjemmelen både i forhold til lovkravet i seg selv og som et moment i en forholdsmessighetsprøving.

Vi har vilkåret i P1-1 om at all frataelse av eiendom må være hjemlet i lov. Dette vilkåret er absolutt, uavhengig av om det er snakk om ekspropriasjon-, prinsipp- eller kontrolltilfeller. Lovkravet kan deles inn i tre vilkår. Grunnlaget for inngrepet må være National lov samtidig som denne loven må være tilgjengelig og forutsigbar.<sup>180</sup> Dette poenget kommer frem i Sunday times v. The United Kingdom<sup>181</sup>, der de britiske myndighetene hadde hjemmel i sitt Common law prinsipp, som i stor grad er domstolskapt, da retten uttaler: "the Court observes that the word "law" (...) covers not only statute but also unwritten law". Retten sier videre at det er forutsigbarhet og tilgjengelighet som er avgjørende for om noe faller inn under "lovgivning".<sup>182</sup>

Med National lov i denne sammenheng, menes ikke bare formell lov, som er skreven og uskreven rett men det kan også være forskrifter, instruks, eller rettspraksis, så lenge kravet til tilgjengelighet og klarhet er oppfylt.<sup>183</sup> I Silver and others v. The United Kingdom<sup>184</sup> var det for eksempel tilstrekkelig med en intern instruks, så lenge den oppfylte kravene om tilgjengelighet og forutsigbarhet.

#### 3.4.1 Tilgjengelighet

Som allerede nevnt,<sup>185</sup> er hensynet bak kravet om tilgjengelighet at enhver person skal kunne beregne sin rettsstilling ved å få kunnskap om regler.<sup>186</sup> Dette bekreftes I Sunday Times dommen<sup>187</sup>, hvor domstolen uttaler om innholdet i tilgjengelighetskravet at "the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case".

---

<sup>180</sup> Høstmælingen (2007) side 121

<sup>181</sup> Sunday times v. The United Kingdom, artikkel 47 og 59.

<sup>182</sup> Buskerud (1995) side 76

<sup>183</sup> Høstmælingen (2007) side 122

<sup>184</sup> Silver and others v. The United Kingdom.

<sup>185</sup> Se oppgavens punkt 3.2.2.3

<sup>186</sup> Buskerud (1995) side 79

<sup>187</sup> Sunday times v. The United Kingdom, artikkel 49

Tilgjengelighet oppnår man ved at loven er tilgjengelig for enhver. Den enkelte mann i gata må altså kunne ha tilgang til loven, på denne måten er enhver person likt rustet til å vite om og gjøre seg kjent med reglene og kan da handle deretter. I Silver-dommen<sup>188</sup> hvor det var snakk om at fengselsbetjenter hadde adgang til å beslaglegge innsattes brev, med hjemmel i blant annet en intern instruks, kom for eksempel retten til at kravet til tilgjengelighet ikke var oppfylt når det kom til instruksene, da ikke alle som ble berørt hadde tilgang til instruksene. Er en rettslig norm objektivt sett utilgjengelig, kan allikevel domstolen komme til at kravet er tilfredsstillende om klageren var kjent med den.<sup>189</sup> Hensynet bak regelen om at borgere skal kunne beregne sin rettsstilling vil i slike tilfeller falle bort, da klageren var i en stilling til å gjøre dette. Dette kommer også til uttrykk i Silver- dommen, da de innsatte var kjent med regelen gjennom et upublisert rundskriv.<sup>190</sup> Og retten mente dette, selv om rundskrivet ikke utgjorde en lov hjemmel, gjorde de det gjaldt kjent med regelen og var dermed også forutsigbar. Ut fra dette virker det ikke som det er et absolutt krav til tilgjengelighet, om regelen allikevel er tilstrekkelig forutberegnelig for klager.<sup>191</sup>

De ulovfestede ekstinksjonsreglene kodifisert i Sigdal- og Norske Fjellhus-dommen oppfyller kravet til tilgjengelighet, da avsagte dommer stort sett er tilgjengelig for allmenheten. Men det er ikke alene nok, da man også er avhengig av at man godtar at dommene oppfyller resten av vilkårene i lovkravet.

### 3.4.2 Klarhet

Forutsatt at rettsregelen er gjort tilgjengelig er neste vilkår forutsigbarhet. For å oppnå forutsigbarhet er det viktig at innholdet i regelen kommer frem på en måte som er forståelig.<sup>192</sup> Forståelig vil i denne sammenheng ikke si at en alminnelig person, uten juridisk kompetanse, uproblematisk skal kunne forstå regelen. Det er forventet at man skal kunne trenge faglig bistand for å gjøre seg kjent med rettstilstanden.<sup>193</sup> Dette presiserer domstolen i Sunday Times-dommen<sup>194</sup> der de sier ” he must be able – if needed with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail” når de kom til spørsmålet om klarhet og forutsigbarhet.

---

<sup>188</sup> Silver and others v. The United Kingdom, artikkel 87

<sup>189</sup> Buskerud (1995) side 79

<sup>190</sup> Silver and others v. The United Kingdom, artikkel 88

<sup>191</sup> Buskerud (1995) side 80

<sup>192</sup> Buskerud (1995) side 81

<sup>193</sup> Buskerud (1995) side 81

<sup>194</sup> Sunday times v. The United Kingdom, artikkel 49



Vilkåret om klarhet er et relativt vilkår. Det betyr at hvor stor klarhet det er snakk om, må avhenge av den enkelte sak. Hvilken type rett inngrepet gjelder, hvor stort inngrepet er og hvem inngrepet er rettet mot, vil her være av betydning<sup>195</sup>.

Presisering kan være vanskelig, og praktisk umulig, da det er umulig å forutse alle tilfeller loven kan komme til å dekke og det er ofte mer hensiktsmessig med samlebestemmelser som dekker flere ulike tilfeller. I slike tilfeller må man forvente at loven uttrykker omfanget av myndighetenes skjønn og hvordan skjønnnet skal utøves.<sup>196</sup> At loven åpner for en slik skjønnsvurdering er i utgangspunktet ikke problematisk, men det stilles da krav til at skjønnnet ikke utøves vilkårlig for å oppnå den ønskede forutsigbarheten.<sup>197</sup>

Om ulovfestet ekstinksjonsregelen oppfyller kravet om klarhet må bero på en vurdering av om regelen er tilstrekkelig forutsigbar gjennom rettspraksis, og da spesielt med tanke på Sigdal og Norske Fjellhus- dommen. Jeg vil ta stilling til dette i oppsummeringen.<sup>198</sup>

---

<sup>195</sup> Harborg og Berg (2003) side 320

<sup>196</sup> Buskerud (1995) side 81

<sup>197</sup> Solheim (2006) side 34.

<sup>198</sup> Se oppgavens punkt 4.1

## 4 Oppsummering/konklusjon

Om man skal komme til en konklusjon rundt spørsmålet om ulovfestet ekstinksjon er i stride med menneskerettighetene er det spesielt to steder skoen trykker.

For det første er jeg usikker på om konvensjonens lovkrav er oppfylt.

For det andre er jeg usikker på om ulovfestet ekstinksjon etter EMK vil medføre en uforholdsmessig individuell byrde for hjemmelshaver.

### 4.1 EMK P1-1s lovkrav i forhold til ulovfestet ekstinksjon.

Som vi har sett, når det kommer til ulovfestet ekstinksjon, er hjemmelsgrunnlaget svakt, om det kan sies i det hele tatt å eksistere. Det er imidlertid to spørsmål her. For det første er det usikkert om lovkravet ville vært oppfylt om Sigdal-dommen skulle vurderes som krenkende etter konvensjonen. Et annet spørsmål er om lovkravet blir oppfylt etter dagens situasjon, når vi sitter med Sigdal-dommen som prejudikat.

#### 4.1.1 Lovkravet i Sigdal-dommen

Retten mener selv de følger en regel hvor det etter en skønnsvurdering skal tas stilling til om sterke grunner foreligger.

Det er ikke problematisk at, som i Sigdal-dommen, retten utøver skjønn. eller at loven åpner for en slik skønnsvurdering, men det må stilles krav til utførelsen av skjønnets.<sup>199</sup>

I *Gillow v. UK*<sup>200</sup> påpeker retten dette ved å si ”A law which confers a discretion is not in itself inconsistent with the requirement of foreseeability, provided that the scope of the discretion and the manner of its exercise are indicated with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference” når de tar opp om lovkrav er oppfylt når det åpner for vurdering.

Skønnsvurderingen gjort i Sigdal-dommen fulgte ikke en mal fra verken forarbeider eller tidligere praksis. Vurderingsgrunnlaget blir lagt for første gang av retten i denne dommen. Det er ikke problematisk i seg selv, men det betyr at vi ikke har andre steder å se til når vi prøver å tolke hva retten har ment som rettsregel. Retten er, etter min mening, ikke tilstrekkelig klar på hva som er avgjørende i sin avveining ved å presisere innholdet i vurderingen. Det virker ikke som at dommerne selv heller kommer til enighet om hva som er avgjørende.

---

<sup>199</sup> Solheim (2006) side 34.

<sup>200</sup> *Gillow v. United Kingdom*, artikkel 51.

Om det skulle vise seg at lovkravet i Sigdal-dommen ikke var oppfylt, vil dette alene være tilstrekkelig for at ulovfestet ekstinksjon i dette tilfellet var konvensjonsstridig.

Om man derimot skulle komme til at lovkravet var oppfylt ved at den var tilstrækkelig forutsigbar, vil det faktum at den i liten grad kan sies å være klar, brukes som argument mot uforholdsmessig stor byrde i forholdsmessighetsprøvingen.<sup>201</sup> Og man kan likevel komme til at dommen er konvensjonsstridig.

For meg virker ikke rettens forsøk på å skape en rettsregel tilfredsstillende til kravet om klarhet og forutsigbarhet.

#### 4.1.2 Lovkravet nå, i etterkant av Sigdal-dommen

Om spørsmålet om ulovfestet ekstinksjon har lovhemmel skulle komme opp i dag, kan man nå vise til Sigdal-dommen som prejudikat og argumentere for at det foreligger domstolpraksis.

Vi kan i dag si vi har to prejudikater om ulovfestet ekstinksjon, men tyngden til disse prejudikatenes og riktigheten av avgjørelsene kan diskuteres.

I Norske Fjellhus-dommen, der dommeren ikke ville utelukke at det kanskje fantes situasjoner der det kunne tenkes ekstinksjon på ulovfestet grunnlag, men at det uansett ikke var tilfellet her. Dommen har en verdi da den gir oss en indikasjon på hva momenter i en ”sterke grunner” avveining kan være, men det kan påstås at den ikke er tilstrekkelig klar med tanke på å utforme en regel som kan gjelde fremtidig rett.

Så har vi Sigdal-dommen, som er en dissensdom, hvor førstvoterende sier ”det er kanskje sånn at det etter norsk rett ikke er utelukket at de lovfestede regler om ekstinksjon (...) kan suppleres med ekstinksjon på ulovfestet grunnlag”, men han selv fant uansett ikke at dette var tilfellet her. Andrekvoterende kom til det motsatte, men under tvil. Jeg vil hevde at denne dommen også mangler klarhet med tanke på å lage en forutsigbar regel som det kan vises til i kommende saker.

Behovet for klare og enkle regler som fører til forutsigbarhet, så befolkningen har mulighet til å forutse sin rettssituasjon taler her imot ulovfestet ekstinksjon, da jeg ikke kan se vi har noen

---

<sup>201</sup> Solheim (2006) side 34.

klare regler. Etter mitt syn beror ulovfestet ekstinksjon i dag på en skjønnsmessige avveining som virker vilkårlig og som skaper usikkerhet rundt rettstilstanden.<sup>202</sup>

## **4.2 EMK P1-1s forholdsmessighetsprøve i forhold til ulovfestet ekstinksjon**

Om man skal prøve å implementere EMKs vurdering av forholdsmessighetskravet til ulovfestet ekstinksjon, for å se om det innebærer en uforholdsmessig tung byrde for enkeltpersonen, må man se på momentene. Da momentene stort sett vil være forskjellige i de forskjellige saker der det kan bli snakk om ulovfestet ekstinksjon, blir det vanskelig å ta en generell vurdering av om ulovfestet ekstinksjon vil være konvensjonsstridig. Jeg bruker derfor Sigdaldommen som eksempel.

Staten argumenterer her for at allmeninteressen i at erverv skal gjøres med sikkerhet, fordi å holde liv i det økonomiske liv i samfunnet tilsier at beskyttelse av erverver som utgangspunkt må veie tyngre enn beskyttelse av hjemmelshaver. Det må allikevel sterke grunner til for at samfunnet er tjent med at hjemmelshaver skal bli fratatt sin rett.

Selv om Pye er en relevant dom, og norsk litteratur har brukt den som eksempel på at det etter konvensjonen må være greit med ulovfestet ekstinksjon, er jeg ikke like sikker på om momentene og hensynene tilsier at dette er tilfelle. Momenter fra dommen som taler mot ulovfestet ekstinksjon er blant annet at vi verken får advarsel i forkant av fratagelsen eller erstatning for tapet som blir påført. I tillegg er momenter som var til fordel for hevden i dommen ikke gjeldende ved ulovfestet ekstinksjon. Vi kan for eksempel ikke med samme letthet beskytte oss. I Sigdaldommen kunne hjemmelshaver ha beskyttet seg ved tidligere selv å ha sjekket tomtegrensene, men dette ville ikke vært like lett gjennomførbart som i Pye, som bare hadde trengt å be om for eksempel leie, på en tomt han viste urettmessig var i bruk av andre.

I tillegg føler jeg det har skjedd en utvikling i den dynamiske tolkingen av konvensjonen siden Pye-dommen ble avsagt, da spesielt med tanke på hvor mye skjønnsmargin retten gir den enkelte stat. Jeg mener nyere praksis tilsier at retten lettere vil gå inn og si at kontrolltilfeller er konvensjonsstridig, noe de også har gjort, i tomtefestesaken, der EMD kom til at den norske stat handlet konvensjonsstridig ved å begrense grunneiers rettigheter når det kom til å fornye festekontrakten uten å fornye vilkårene.<sup>203</sup>

---

<sup>202</sup> Dette synet blir også delt av Marthinussen i (2006) side 4

<sup>203</sup> Lindheim and Others v. Norway.

Høyesterett kommer i Sigdal-dommen til at rette eier ikke har gjort noe klanderverdig men allikevel mister vernet sitt da hytteeierne har foretatt økonomiske investeringer og dermed er beskyttelsesverdige.

Jeg tror at om EMD skulle vurdert forholdsmessigheten på dette grunnlag, i tillegg til momentene nevnt over, hadde de antagelig kommet til at det forelå en urimelig byrde for hjemmelsmannen og at Sigdal-dommen dermed er konvensjonsstridig.

#### 4.2.1 Alternativ løsning

Jeg er i midlertid usikker på om EMD i det heletatt hadde valgt denne innfallsvinklingen. I Pye-dommen legger domstolen stor vekt på å beskytte registrert eier, da hensynene tilsier at han har gjort det som forventes for å beskytte seg. Vi har i Sigdal-dommen to parter som begge er registrert eier. Begge har ifølge grunnboken nødvendig legitimasjon for eiendomsrett. De er altså etter EMDs syn begge like beskyttelsesverdige. At det viser seg i ettertid at hytteeierne har registrert sitt erverv på feil sted er ikke noe hytteeierne kan klandres for og det vil, etter mitt syn, da være unaturlig å straffe dem for dette ved å ikke gi dem eiendomsrett. På samme måte vil det være unaturlig å straffe hjemmelsmann da heller ikke han har handlet klanderverdig. Allikevel oppfordrer Høyesterett rett eier til å foreta seg undersøkelser, og selv om de ikke kaller det klanderverdig vil det da kanskje være mer naturlig å la han tape rett til fordel for hytteeierne, som i realiteten har blitt lurt inn i en falsk trygghet av tinglysningssystemet.

Jeg tror med bakgrunn i dette, at det kan tenkes at EMD ville sett på hytteeierne som registrerte hjemmelsmenn på lik linje med grunneier, og at det da kan sees på som to rettigheter som begge er beskyttet av eiendomsvernet i P1-1.

Hva som her ville vært gjeldende rett, er jeg usikker på. Om man først ser slik på det, tror jeg ikke det Staten gjør, ved å gå inn og kontrollere eierforholdene til fordel for de registrerte hytteeierne på bekostning av registrert eier av eiendom som hadde mulighet til å gjøre ytterligere undersøkelser, ville bli sett på som et like stort inngrep enn det vil være om man ser på det som ekstinksjon til fordel for uregistrerte erververe. Det er min oppfatning at EMD antagelig ville godtatt dette og kommet til at Staten ikke har krenket konvensjonenes eiendomsvern

## Litteraturliste

### Lover

1814	Kongeriget Norges Grundlov 17. Mai 1814
1935	Lov om tinglysning 6. Juli 1935 nr.2
1939	Lov om gjeldsbrev 17. Februar 1939 nr.1
1966	Lov om hevd 12. September 1966 nr.1
1978	Lov om godtroerverv av løsøre 2. juni nr. 37
1999	Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett 21. Mai 1999 nr. 30

### Forarbeider

Odelstingspropisjoner (Ot.Prp) Ot.prop nr. 30 (1965-1966)	Om lov om hevd
Norges Offentlige Utredning (NOU) NOU-1993-18 NOU- 2013-11	Lovgivning om menneskerettigheter Festekontrakter og folkerett

### Konvensjoner

1948	FNs Menneskerettighetserklæring 10. desember 1948
1950	Den Europeiske Menneskerettighet- konvensjon. (EMK) 4. november 1950
1952	Tilleggsprotokoll 1 til Den Europeiske Menneskerettighetkonvensjon. 20. mars 1952

## Rettspraksis

### Herredsrett

RG 1999 s. 680

RG 2001 s. 82

### Høyesterett

Rt. 1940 s. 519

Rt. 1986 s. 1210

Rt. 1990 s. 500

Rt. 1992 s. 352

Rt. 2000 s. 604

Rt. 2002 s. 557

Rt. 2008 s. 1747

”Kassaregister-dommen”

”Norske Fjellhus”

”Periscopus-dommen”

”Sigdal”

”Kjelsberg”

”Tilleggsskatt”

”Hopen-dommen”

### Europeisk Menneskerettighets Domstol

application no. 5856/72

Tyrer v. United Kingdom

(EMD-1972-5856)

judgment of 25 april 1978

application no. 5947/72

Silver and others v. The United Kingdom

6205/75

judgment of 25 March 1983

7052/75

7061/75

7107/75

7113/75

7136/75

application no. 6538/74

Sunday times v. The United Kingdom

(EMD-1974-6538)

judgment of 26 april 1979

application no. 7151/75 and 7152/75	Sporrong and Lönnroth v. Sweden (EMD-1975-7151) judgment of 23 September 1982
application no. 8793/79	James and Others v. United Kingdom (EMD-1979-8793) judgment of 21 February 1986
application no. 8919/80	Van der Mussele v. Belgium (EMD-1980-8919) judgment of 27 December 1983
application no. 9063/80	Gillow v. United Kingdom (EMD-1980-9063) judgment of 24 November 1986
application no 10522/83 11011/84 11070/84	Mellacher and Others v. Austria (EMD-1983-10522), judgment of 19 December 1989
application no. 10873/84	Tre Traktorer Aktiebolag v. Sweden (EMD-1984-10873) judgment of 7. July 1989
application no. 11763/85	Baner v. Sweden (EMD-1985-11763) judgment of 9 march 1989
application no. 11801/85	Kruslin v. France (EMD-1985-11801) judgment of 24 april 1990
application no. 12033/86	Fredin v. Sweden (EMD-1986-12033) judgment of 18. February 1991
application no. 12742/87	Pine Valley developments Ltd. V. Ireland (EMD-1987-12742) judgment of 29. November 1991



application no. 13616/88	Hentrich v. France (EMD-1988-13161) judgment of 22. September 1994
application no. 15375/89	Gasus Døsier- und Fördertechnik GmbH v. Netherlands (EMD-1989-15375) judgment of 23. February 1995
application no. 15573/89	Gustafsson v. Sweden (EMD-1989-15573) judgment of 25. April 1996
applicaton no. 18465/91	Air Canada v. Unitid Kingdom (EMD-1991-18465) judgment of 5. May 1995
application no. 25088/94 28331/95 28443/95	Chassagnou and others v. France judgment of 29. April 1999
application no. 35014/97	Hutten-czapska v. Polen (EMD-1997-35014) judgment of 19. June 2006
Application no. 36813/97	Scordino v. Italy (EMD-1997-36813) judgment of 29. March 2006
application no. 47473/99	Hellborg v. Sweden (EMD-1999-47473) judgment of 28. February 2006
application no. 49429/99	Capital Bank AD v. Bulgaria (EMD-1999-49429) judgment of 24. Noveber 2005

application no. 44302/02	J.A.Pye (Oxford) Ltd. V. The United Kingdom (EMD-2002-44302) judgment of 15. November 2005
application no. 44302/02	J.A.Pye (Oxford) Ltd. V. The United Kingdom (EMD-2002-44302) judgment of 30. August 2007
application no. 35349/05	Fleri Soler and Camilleri v. Malta (EMD-2005-35349) judgment of 26. September 2006
application no. 47045/06	Amato Gauci v. Malta (EMD- 2006-47045) judgment of 15. September 2009
application no. 13221/08	Lindheim and others v. Norway (EMD-2008-13221) judgment of 12. june 2012

### **Juridisk littratur**

Andenæs, Mads Henry	Rettskildelære	2. Opplag 2003
Bjørge, Eirik	Utredning av utvikling i EMD-praksis over P1-1	NOU-2013-11-1
Broch, Lars Oftedal	Skjønnsmarginen i nyere praksis fra Den europeiske menneskeretts- domstol	LOR-2005-259
Brækhus, Sjur	Omsettnng og kreditt 3 og 4 Omsettningskolisjoner I og II	Oslo 1998

Buskerud, Margrethe	Beskyttelsen av eiendomsretten i Den Europeiske Menneskerettighets-Konvensjon - med linjer til norsk rett	Oslo 1995
Falkanger, Thor	Fast eiendoms rettsforhold	3. Utgave, 3. opplag, 2008
Falkanger, Thor Falkanger, Aage	Tingsrett	6. Utgave 3. Opplag, 2010
Gauksdottir, Gudrun	the Right to Property and the European Convention on Human Rights, A Nordic Approach	Lund 2004
Harborg, Henning og Høgetveit Berg, Borgar	Ulovfesta ekstinksjon av fast eiendom	JV 05/2003
Higgins, Rosalyn	The taking of property by the state: Recent developments in international law	Extract from the recueil des cours, volume 176, 1982
Høstmælingen, Njål	Internasjonale Menneskerettigheter	4. Opplag 2007
Kjølbros, Jon Fredrik	Den Europæiske menneskerettigheds konvention –for praktikere	2. Utgave 2007
Lilleholt, kare	Ulovfesta ekstinksjon- Norske Fjellhus- og Sigdal-dommane	JV-1994-279
	Godtruerverv og kreditorvern	4. Opplag 2007

Marthinussen, Hans Fredrik	Ulovfestet ekstinksjon	JV-2006-01
	Om europiseringen av tingsretten – særlig i lys av Den europeiske menneskerettighetsdomstolens avgjørelse i Pye-saken	TFR-2008-02
Skoghøy, Jens Edvin A	Dynamisk tolkning i internasjonale domstoler som fenomen, problem og effektivitetsgaranti	LOR-2011-511
Solheim, Stig H	Konsesjonsbetinget eiendomsavståelse og Den europeiske menneskeretts- konvensjonen	TFEI-2006-22
	Nytt fra Den europeiske Menneskeretts- domstolen i Strasbourg (EMD)	TFEI-2008-110
	Eiendomsbegrepet i Den Europeiske menneskerettskonvensjon	Oslo 2010
	EMDs avgjørelse i tomtefestesaken: revolusjonerende eller justerende?	LOR-2013-295